

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO

“ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN PÚBLICA DE CONTROL DEL
PODER DE MERCADO EN EL ECUADOR FRENTE A LOS
ÓRGANOS DE CONTROL DE LA COMPETENCIA EN EL
DERECHO COMPARADO”

ERICK ALEJANDRO MORÁN MONTERO

DIRECTOR: JOSÉ LUIS BARZALLO

QUITO, 2014

Quito, 6 de octubre 2014

Señor Doctor
Santiago Guarderas Izquierdo
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente

De mi consideración:

Me cumple con el presente referirme al oficio No. 365-SJG-14 de 18 de septiembre de 2014, suscrito por el Dr. Manuel Jiménez Moreano, quien a nombre suyo me comunica que he sido designado profesor informante de la disertación para la obtención título de abogado elaborada por el señor Erick Morán Montero, sobre el tema: "ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN PÚBLICA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO EN EL ECUADOR FRENTE A LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA COMPETENCIA EN EL DERECHO COMPARADO", para comunicarle que ésta se compone de cinco capítulos incluido el de, las conclusiones y recomendaciones, redactados en 144 páginas contabilizando las del anexo, redactados de la siguiente manera:

El Capítulo I, con el título "El Estado Como Organismo De Control Del Poder De Mercado", a partir de las consideraciones sobre la libertad de empresa dentro del Estado, entendida como aquella actividad organizada que tenga por objeto la oferta de productos o servicios en el mercado con plena libertad e independencia, en el que se aprecia una relación entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa, así como el derecho de propiedad con función social. La libertad de empresa implica libertad de creación y acceso al mercado, es decir libertad de emprendimiento, libertad de organización y dirección.

Es obligación del Estado la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, en esta línea el Derecho de Competencia fue adoptado como complemento natural a la adopción de políticas de liberalización y apertura de los mercados y motor del crecimiento económico. En los Estados Unidos se adoptaron normas antitrust, el Estado intervino para evitar pactos entre competidores en el mercado, a través de la adopción de la Ley Sherman, el 2 de julio de 1890. En el caso ecuatoriano, el Art. 336 de la Constitución prescribe que: "El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley."

El Capítulo concluye con el planteamiento de la necesidad de la creación de un órgano especializado en controlar el poder de mercado, un mercado, un mercado de tamaño reducido y oligopólico. Luego de varios fracasos, seos legislativos el vacío legislativo fue llenado parcialmente con la expedición del Decreto Ejecutivo 16124, contenido de las Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN. Luego, se emitió el Decreto 1614, se creó la Subsecretaría de

Del señor Decano con las seguridades de mi más alta consideración, me suscribo Competencia, como una dependencia del Ministerio de Industrias y Competitividad, entre cuyas facultades constaban las de promoción, difusión, investigación y sanción en materia de competencia.. Finalmente se expidió la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El Capítulo II, se contrae al estudio de la "Superintendencia De Control Del Poder De Mercado", puntualizando que, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, se produce también la creación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para cumplir bajo su control y vigilancia los designios constitucionales de los artículos 304 de la Constitución, que dispone que la política comercial del Ecuador tendrá como uno de sus objetivos, evitar prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados; del 335, que impone al Estado las obligaciones de regular, controlar e intervenir, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas, definir una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal; y el 336, que impone al Estado el deber de impulsar y velar por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, promoviendo la reducción de las distorsiones de la intermediación de su sustentabilidad, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia en los mercados, mediante el fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.

Se resalta que en esta actividad de control del funcionamiento del mercado, se entiende por poder de mercado, la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado, pudiendo alcanzarlo individual o colectivamente. Tienen poder de mercado los operadores económicos, que por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. Hay abuso de poder de mercado, cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general, como mediante precios predatorios o explotativos; condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; ventas condicionadas y atadas.

Son prácticas restrictivas, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva; o práctica cocertada o conscientemente paralela; y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, relacionados con la producción e intercambio de bienes y servicios, cuyo efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o que afecten negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general.

La Superintendencia también controla las concentraciones económicas que pueden de acuerdo a la ley ser o no notificadas.

Por fin, en el capítulo se describe la estructura administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, esto es, con las Intendencias de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos, Prácticas Restrictivas; Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales; Intendencia de Control de Concentraciones; e, Intendencia de Abogacía de la Competencia, más las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, determinadas en el Art. 38 de la Ley de la materia, verbigracia, realizar estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes; sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimientos de la Ley de la materia; realizar inspecciones, formular preguntas y requerir cualquier información que estime pertinente a la investigación; autorizar, denegar o condicionar las solicitudes de concentración económica de conformidad a esta Ley y su reglamento; elaborar y promulgar su reglamento interno.

El Capítulo III, nos informa respecto del "Control Del Poder De Mercado En El Derecho Comparado", revisando la normativa de Colombia que es administrada por la Superintendencia de Industria y Comercio, conformada por el Superintendente de Industrias y Comercio y tres Superintendentes delegados, para la Promoción de la Competencia; para la Propiedad Intelectual; y, para la Protección del Consumidor. Con la Ley 1340 de del 2009 en el artículo 7 se introduce la figura jurídica de la Abogacía de la competencia; de Chile, País en el que mediante Ley No. 19.911, publicada en el Diario Oficial de noviembre de 2013, se dispuso que el órgano competente para conocer las infracciones atentatorias contra la competencia dentro del mercado es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, integrado por el Presidente, que debe ser un abogado, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco candidatos remitida por la Corte Suprema, previo concurso público; más cuatro profesionales universitarios expertos en materia de libre competencia, dos de los cuales deben ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas, los cuales duran en sus cargos seis años. En esta república también existe un funcionario especial en las instrucciones en las investigaciones en contra de la competencia del mercado, que es el Fiscal Nacional Económico. Por lo demás en Chile se aprecia del mismo modo la Abogacía de la Competencia; en España, en cambio, tiene como organismo público encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados de ese País

a la Comisión Nacional de la Competencia, con sujeción a la Ley de Defensa de la Competencia.

El Capítulo IV, estudia la "Aplicación De Las Legislaciones Comparadas En El Derecho Ecuatoriano", comparando los años de expedición de las leyes en materia de competencia, objeto de dichos normativos, autoridad, requisitos para su designación, atribuciones, sanciones, monto de las multas, regulación de concentraciones, atribuciones en Abogacía de la competencia, entre Ecuador, Colombia, Chile y España, en base a la información del Capítulo anterior.

El estudio concluye con las Conclusiones y Recomendaciones del Capítulo V, entre las conclusiones se reliva la que anota, que la falta de normativa clara y específica en materia de control del poder de mercado en el Ecuador, ha permitido que a lo largo del tiempo existan situaciones contrarias a la correcta competencia, lo cual a su vez generó repercusiones propias de países en vías de desarrollo, tales como la exclusión de pequeños productores; la ausencia de motivaciones para que los productores locales mejoren sus niveles de eficiencia; y, la disminución de la posibilidad de captar inversión extranjera hasta que en octubre del 2008 se expidió la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que dio lugar a que dos años después se cree la Superintendencia del Control del Poder de Mercado; entre las recomendaciones podemos citar la que dice relación con la posibilidad de separar dos funciones del órgano de control de la competencia en el Ecuador, en instituciones distintas, por un lado el control y por otro lo relativo a los procesos administrativos.

En general la disertación constituye un importante estudio de derecho comparado sobre los órganos de control de la competencia de Ecuador, Colombia, Chile y España, por lo que le asigno la nota de nueve puntos sobre diez.

Del señor Decano con las seguridades de mi más alta consideración, me suscribo.

Muy atentamente,



Dr. Víctor Cevallos Vásquez
PROFESOR INFORMANTE

Quito, 5 de noviembre de 2014

Señor doctor

Manuel Jiménez Moreano

SECRETARIO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Presente

De mi consideración:

Mediante Oficio No. 365-SJG-14 de 18 de septiembre de 2014, usted señor Secretario de la Facultad de Jurisprudencia, me hizo conocer que he sido designado como Profesor Informante de la Disertación de Abogacía titulada **"ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN PÚBLICA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO EN EL ECUADOR FRENTE A LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA COMPETENCIA EN EL DERECHO COMPARADO"**, elaborado por el señor, **ERICK MORÁN MONTERO**, previo a la obtención del título de Abogado.

Sobre el particular, me permito informar lo siguiente:

El trabajo de la referencia, está compuesto de cuatro capítulos a los que hay que agregar el apartado de Conclusiones y Recomendaciones. El análisis parte de un enfoque de carácter general que atribuye al Estado la calidad de Organismo de Control del Poder de Mercado poniendo de relieve su intervención para evitar prácticas monopólicas de donde deviene con claridad la necesidad de instituir un órgano especializado en controlar el poder de mercado; a continuación se analiza la estructura de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; a partir de los Capítulos Tercero y Cuarto se aborda el tema central del presente trabajo investigativo que gira en torno al Control del Mercado en el Derecho Comparado, teniendo como base los casos de Colombia, Chile y España.

Al analizar comparativamente la legislación ecuatoriana, respecto de las leyes que rigen la materia en los países citados, se destaca como hecho negativo la "inexperiencia" que acusa la ley ecuatoriana, bajo el supuesto de que al ser de reciente emisión, pues tiene apenas tres años de vigencia, este hecho le pondría en condiciones de desventaja respecto de los países analizados al efecto; en contra partida como hecho positivo el acopio de experiencias que habría hecho la legislación ecuatoriana de cara a las legislaciones extranjeras respecto de las cuales habría mantenido una constante retroalimentación, que le permitiría estar a la vanguardia de las legislaciones en esta materia.

Especial mención merece el esquema sancionador impuesto por la legislación ecuatoriana en esta materia, pues tal como se presenta y visto el énfasis que se otorga a este apartado de la Ley, daría la impresión de que el control es sinónimo de sanción, lo cual evidencia un equivocado enfoque al respecto, pues la Ley, como su nombre lo indica procura la Regulación y el Control

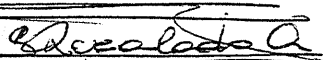
del Poder de Mercado, entendiendo por regulación el marco normativo que facilite la gestión de los agentes en este ámbito del quehacer económico, y control como manifestación de la voluntad soberana del Estado de supervisar el quehacer productivo, mediante la implementación de políticas orientadas a incentivar la producción y frenar todo intento monopólico de donde quiera que provenga, lo cual supone una tarea de intercomunicación directa y permanente entre el Órgano de Control (Superintendencia) y los sectores productivos del país, pero en un plano de cercanía, de respeto mutuo, no de actitudes intimidantes y restrictivas de la iniciativa privada, sin embargo, si luego de mantener una relación cercana, de diálogo permanente, se producen inconsistencias, hechos que lindan con el fraude y la evasión, sin duda las sanciones, de acuerdo a su gravedad, deben ser impuestas con firmeza y objetividad, en relación al volumen del negocio y de la infracción cometida.

El derecho de competencia tiene como propósito central, precisamente, incentivar la libre competencia, aspecto crucial que debió ser atendido al tenor del esquema imperante en el Ecuador y de allí decantar a las legislaciones externas, de modo que se ensaye un análisis crítico de nuestra realidad jurídica el cual se diluye comparado con otras legislaciones, fundamentalmente en lo relacionado con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de reciente creación.

En suma, se trata de una tesis referida a una materia compleja y con implicaciones de orden técnico, de extrema actualidad, que se refiere a la constitución de un órgano eminentemente técnico con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y presupuestaria, como es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, entidad que más allá de los atributos que le confiere la Ley, habría que abogar por su independencia de los centros de poder político y económico, únicas garantías de seriedad y eficiencia que abonará en bien del desarrollo del país.

En el presente caso, salvo el mejor criterio del señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia, me permito imponer al trabajo objeto del presente análisis, la calificación de NUEVE SOBRE DIEZ.

Atentamente,



Dr. Diego Regalado Almeida

PROFESOR

A mis padres, pilar fundamental
en mi desarrollo personal y profesional.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	2
EL ESTADO COMO ORGANISMO DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO	2
1.1. Consideraciones sobre la libertad de empresa dentro del Estado	2
1.2. Intervención del Estado en prácticas monopólicas	10
1.3. Necesidad de la creación de un órgano especializado en controlar el poder de mercado.....	19
CAPÍTULO II.....	24
SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO	24
2.1. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.....	24
2.1.1. Estructuración de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado	28
2.1.2. Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos Prácticas Restrictivas	31
2.1.3. Intendencia de Investigación de prácticas desleales	32
2.1.4. Intendencia de Control de Concentraciones	33
2.1.5. Intendencia de Abogacía de la Competencia	33
2.2. Atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y su efectivo cumplimiento	34
CAPÍTULO III.....	59
CONTROL DEL PODER DE MERCADO EN EL DERECHO COMPARADO	59
3.1. Análisis de la situación en Colombia	59
3.1.1. La Superintendencia de Industria y Comercio	62
3.1.2. Máxima autoridad	65
3.1.3. Panorama nacional	65
3.1.4. Abogacía de la competencia	67
3.2. Análisis de la situación en Chile.....	68
3.2.1. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y máxima autoridad	69
3.2.2. La Fiscalía Nacional Económica y máxima autoridad	73
3.2.3. Panorama nacional	77
3.2.4. Abogacía de la Competencia	78

3.3. Análisis de la situación en España	78
3.3.1. La Comisión Nacional de la Competencia y máxima autoridad	81
3.3.2. Derecho Comunitario de la Competencia	85
3.3.3. Abogacía de la competencia	86
CAPÍTULO IV	87
APLICACIÓN DE LAS LEGISLACIONES COMPARADAS EN EL DERECHO ECUATORIANO	87
4.1. Contraste de las legislaciones comparadas con la ecuatoriana	87
4.1.1. Ecuador respecto a Colombia	87
4.1.2. Ecuador respecto a Chile	93
4.1.3. Ecuador respecto a España	100
4.2. Análisis comparativo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado frente a los órganos de control de la competencia en el derecho comparado	107
4.2.1. Legislación	107
4.2.2. Autoridad competente	109
4.2.3. Atribuciones	112
4.2.3.1. Atribución de imponer Sanciones	112
4.2.3.2. Atribución de regular las concentraciones	119
4.2.3.3. Atribución en abogacía de la competencia	122
CAPÍTULO V	127
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	127
5.1. Conclusiones	127
5.2. Recomendaciones	131
BIBLIOGRAFÍA	135
ANEXOS	140

ABSTRACT

La presente disertación tiene como tema principal el análisis de la institución pública de control del poder de mercado en el Ecuador, frente a los órganos de control de la competencia en el derecho comparado, busca hacer un análisis de derecho comparado en el que se puedan evidenciar aspectos que han sido abordados de mejor manera por legislaciones extranjeras, en relación a la ecuatoriana, como resultado de su madurez en la materia.

Es un estudio de derecho administrativo y de derecho de la competencia, que se fundamenta en la estructura y la aplicación de las atribuciones del organismo de control del poder de mercado en el Ecuador, a partir de un análisis normativo y doctrinario, el mismo que como resultado propone una serie de reformas legislativas a fin de conseguir una mayor eficacia y justicia en la aplicación de la normativa correspondiente.

INTRODUCCIÓN

La legislación sobre competencia en el Ecuador es nueva, el control real sobre los operadores económicos y el mercado apenas se está aplicando hace un par de años atrás; esta situación, contrastada con la madurez que han obtenido otros países en la materia, los mismos que han desarrollado su normativa incluso medio siglo antes que en nuestro país, conduce a cuestionar el funcionamiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desde su estructura administrativa, normativa, autoridades y atribuciones. En este sentido, la mejor manera de realizar esta evaluación es justamente a través del análisis y estudio de la situación Ecuatoriana, confrontándola con las realidades de otros países.

De esta manera es que resulta oportuna la realización del presente trabajo, un análisis de la institución pública de control del poder de mercado en el Ecuador, frente a los órganos de control de la competencia en el derecho comparado, siendo los países estudiados Colombia, Chile y España. El objetivo principal es determinar los aspectos positivos de la legislación ecuatoriana y reconocerlos, así como los aspectos negativos que pueden ser perfectibles a partir de la adopción de políticas y mecanismos utilizados por las legislaciones extranjeras.

Para el desarrollo de esta investigación, fue necesario realizar trabajo de campo, dentro de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, así como una profunda indagación en fuentes normativas y doctrinarias, que permitieron hacer un acercamiento real a las legislaciones estudiadas para ponerlas en un mismo escenario y comparar los elementos comunes de sus legislaciones.

Es así que el trabajo desarrolla una breve contextualización sobre el poder de mercado, posteriormente, aborda la estructura y atribuciones de la institución ecuatoriana, hace un análisis de la situación de cada uno de los países en el derecho comparado y finalmente los contrasta con el Ecuador, obteniendo recomendaciones de reformas legislativas que contribuyan a un mejor desempeño y eficacia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, organismo encargado del control del poder de mercado en el Ecuador.

CAPÍTULO I

EL ESTADO COMO ORGANISMO DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

1.1. Consideraciones sobre la libertad de empresa dentro del Estado

La empresa es un componente productivo dedicado y agrupado para desarrollar actividades económicas, con ánimo de lucro. En general, se la puede definir como una unidad formada por un grupo de personas, bienes materiales y financieros, con el objetivo de producir algo o prestar un servicio que cubra una necesidad y por el que se obtengan beneficios. En nuestra sociedad, es muy común la constitución continua de empresas.¹

La empresa movida por la idea organizadora del empresario titular o dueño de la misma, representa la organización de los factores de la producción, puede ser una persona natural o jurídica, en este último caso pública o privada, cuyas actividades se desarrollan o ejecutan con plena libertad e independencia económica, teniendo en cuenta que en una sociedad libre, formada por hombres imperfectos, dicha libertad da lugar a que sus miembros cometan actos inmorales que no los cometerían en una sociedad autoritaria.²

La libertad incluye cualquier actividad organizada que tenga por objeto o finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado. No es imprescindible que la actividad sea regida por el ánimo de lucro subjetivo o meramente objetivo, ni tampoco, que se trate de una

¹ Cfr. Victor Cevallos Vásquez, *“Libre Competencia Derecho de consumo y contratos”*, Quito-Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 2012, p. 25.

² Id.

actividad habitual. Una actividad ocasional puede encuadrar en la libertad de empresa siempre y cuando requiera planificación u organización de factores productivos.³

De ello se deriva que el juicio relativo a qué actividades es lícito realizar en régimen empresarial constituye un juicio constitucional y, por tanto, no cabe recortar o expulsar de manera anticipada del ámbito protegido por la libertad de empresa a una determinada actividad. El juicio acerca de qué actividades deben estar prohibidas debe establecerse en función del derecho de los particulares a elegir la actividad que deseen como objeto de su empresa.⁴

En este sentido la correcta competencia podría ser definida como la lucha del empresario, dentro de un mercado, por captar la clientela, poniendo a disposición de ésta productos y servicios a precios, calidades, y condiciones más favorables que los demás, buscando atraer, a su regazo, al mayor número de consumidores posible.⁵

La libertad de empresa debe ser considerada como un derecho fundamental, es decir un derecho irresistible, irrefutable. Esto significa, en primer lugar que proyectemos recursos a las normas ya existentes, buscar en el ordenamiento jurídico positivo si existe una norma válida que lo reconozca, identificándola. Todo esto para conseguir tal reconocimiento.⁶

La relación de la libertad de empresa con la dignidad humana es igualmente evidente, y para advertirlo basta con examinar la concepción del trabajo como derecho y como deber, que acoge la idea de que una vida digna sólo puede concebirse como una vida “ganada” con el trabajo.⁷

³ Cfr. Cándido Paz-Ares Rodríguez y Jesús Alfaro Águila-Real, “*Comentarios a la Constitución Española*”, Madrid-España, Universidad Autónoma de Madrid, 2002, p. 980.

⁴ Id.

⁵ Cfr. Gonzalez Vazquez Pablo, “*Libertad de Competencia*”, Internet.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocomercial/2009/12/09/libertad-de-competencia>, Acceso: 07/04/2013

⁶ Cfr. Carlos Fernández Sessarego, “*Subjetivización de las Empresas*”, Lima-Perú, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, 1988, p. LXXV.

⁷ Ibídem, p. 2

En este contexto, dado que la libertad de empresa sirve al libre desarrollo de la personalidad de los individuos, en el ámbito económico a la necesidad de permitir que los ciudadanos decidan libremente cómo ganarse la vida y proyectar su capacidad en la esfera comercial e industrial, hay que considerar especialmente intolerables las intromisiones que tengan como efecto trasladar decisiones sobre la propia vida de los individuos al Estado.⁸

Por tanto, es manifiesta la conexión que existe entre el derecho al trabajo, el derecho a la libre elección de profesión u oficio, y la libertad de empresa. Considerando la actividad económica que un sujeto decida emprender como un medio para el libre desarrollo de su personalidad, sería erróneo sostener, desde el punto de vista de la dignidad de la persona, que es constitucionalmente más valioso el trabajo dependiente que el independiente. En tal virtud, en la consideración de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención a los poderes públicos, la actividad empresarial merece exactamente la misma tutela constitucional que la actividad por cuenta ajena.⁹

Esto no quiere decir que ambos derechos planteen las mismas exigencias en cuanto a mandatos de protección. Es obvio que la Constitución exige un nivel de intervención del Estado para asegurar los derechos de los trabajadores frente al empresario muy superior al que exige para proteger la libertad de empresa. En definitiva, la prohibición de desarrollar determinadas actividades tiene, en principio, el mismo ámbito de aplicación con independencia de que dichas actividades se desarrollen en ejercicio del derecho al trabajo o en ejercicio de la libertad de empresa.¹⁰

La libertad de comercio, libertad de entrada y de ejercicio empresarial, libertad de pactos, transacciones voluntarias, precios libres, o derecho a la empresa, se desarrolla como un principio fundamental de las actuales Constituciones a nivel mundial.¹¹

⁸ Id.

⁹ Id.

¹⁰ Id.

¹¹ Cfr. Pérez Valencia Tatiana, “*El principio de la libertad de comercio y empresa en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*” Internet. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1817/1/RF-01-Jurisprudencia.pdf>, Acceso: 10/04/2013

La libertad es sin duda la condición política indispensable en una sociedad virtuosa, para que sus integrantes pongan en práctica su virtualidad creadora y positiva, en este caso para producir o crear autónomamente servicios o bienes, con sujeción a la ley. Así lo disponía la Constitución Política del Ecuador de 1998, en su artículo 23 numeral 16, actualmente derogada:

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

(...)

16. La libertad de empresa, con sujeción a la ley.¹²

Por su parte, entre los que la Constitución vigente categorizó como “derechos de libertad”, se reconoce el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental (Art. 66 numeral 15). La libertad de empresa está íntimamente ligada con el principio de libertad económica; este último, a su vez se deriva del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás (Art. 66 numeral 5), y está en estrecha vinculación con la institución de mercado.¹³

Desde una perspectiva subjetiva, la libertad de empresa implica que todo ciudadano tiene el derecho de exigir que los otros ciudadanos y el Estado se abstengan de realizar actuaciones que perturben su libertad de emprender, organizar, dirigir y concluir actividades económicas. No cabe considerar la libertad de empresa como un derecho que permite a los particulares ejercer indiscriminadamente su libertad, sino como un derecho que admite una fuerte presencia estatal que restablezca condiciones de igualdad entre sujetos desiguales. Para entender el derecho a la libertad de empresa desde esta perspectiva social es necesario destacar su dimensión institucional, e interpretarlo en forma armónica con el resto de disposiciones constitucionales.¹⁴

¹² Constitución Política de la República del Ecuador 1998 (Derogada), Registro Oficial No. 1, de 11 de agosto de 1998.

¹³ Cfr. María Elena Jara Vásquez, “Estado, Derecho y Economía .- Fundamentos Constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, Quito-Ecuador, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011, p. 198.

¹⁴ Id.

La libertad de empresa trasciende la concepción puramente individual en la medida en que la empresa hace alusión, además a una actividad económica organizada. En este sentido, la libertad de empresa se vincula con otros derechos y libertades: el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental (Art. 66 numeral 26), el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria (Art.66 numeral 13), el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia (Art.66 numeral 14), el derecho a la libertad de trabajo (Art. 66 numeral 17), y el derecho a la libertad de contratación (Art. 66 numeral 16).¹⁵

La libertad de empresa se relaciona con todo tipo de actividad económica organizada (desde el comerciante individual hasta formas asociativas con o sin personalidad jurídica), sin que el ánimo de lucro esté vinculado con la consideración o no como empresa o como empresario de quien realiza una actividad económica en el mercado. Adicionalmente, la actividad empresarial, base del desarrollo, está comprometida con una función social que implica responsabilidades frente a trabajadores, consumidores y medioambiente, como se reconoce en el texto constitucional vigente.¹⁶

En doctrina, la tendencia más consolidada coincide en señalar como dimensiones básicas del derecho de libertad de empresa las siguientes:

- Libertad de creación de empresas y libertad de acceso al mercado, es decir, una libertad de emprendimiento. Para asegurar esta libertad se requiere promover un ambiente de competencia en el cual se castigue la generación de barreras de acceso a los mercados. Esta faceta de la libertad de empresa está limitada por la reserva a favor del Estado de áreas que se consideran estratégicas, o la imposición de condiciones subjetivas de admisión para ciertas actividades, justificable en la medida que generen seguridad para los consumidores;¹⁷

¹⁵ Id.

¹⁶ Id.

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y

- La libertad de organización de la empresa: que comprende la facultad de elegir formas jurídicas, identidad, definición de estructuras internas;
- La libertad de dirección o de ejercicio: que incluye la libertad de toma de decisiones – por ejemplo, a nivel de volúmenes de producción, publicidad - siempre que no se induzca a engaño o confusión a los consumidores respecto a precios y calidades.¹⁸

La doctrina reconoce unánimemente que los derechos económicos pueden ser limitados por regulaciones estatales. Estas limitaciones están dadas por la necesidad de mantener la propia libertad en el sistema económico. Si bien estas restricciones resultan lícitas, hay que concluir que tales intervenciones no pueden, de ninguna manera, realizarse en forma libre o arbitraria sino estrictamente sometidas al Derecho.¹⁹

Las limitaciones admisibles a la libertad de empresa deben estar sujetas a los principios de reserva de Ley, como consagra la misma Constitución en el artículo 66, literal d), según el cual ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la Ley; proporcionalidad y racionalidad; e igualdad. Adicionalmente, las restricciones que una ley pueda establecer a la libertad de empresa, deben fundamentarse en lo que la propia norma constitucional establece como límites: solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

La libre empresa por tanto, es un derecho consagrado en la norma con el más alto nivel jerárquico dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por ello no se puede negar este derecho. Eso no significa que puede usarse sin limitación alguna, anulando cualquier norma que se le enfrente. Como libertad del individuo desarrolla, permite y reconoce al ser humano como un ente libre, es decir, como un ser creativo y proyectivo. El rango

magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

¹⁸ María Elena Jara Vásquez (2011) Op. Cit. p. 213

¹⁹ Id.

constitucional tiene pues que reconocer esta libertad humana como una condición para desarrollar la creatividad y proyección del ser humano.²⁰

La libertad de empresa es un derecho sumamente importante, ya que se encarga de una cuestión esencial, porque permite la empresa y su libre accionar, su desarrollo y permanencia; siendo la empresa demasiado significativa ya que tiene como finalidad proveer de bienes y servicios necesarios para atender la subsistencia y desarrollo integral de todas y cada una de las personas que integran la sociedad.²¹

Permitir la existencia, actividad y permanencia de la empresa pasa por darle libertad, o dicho en forma más estricta, la empresa es consustancial a la libertad, es decir que no existiría empresa en el sentido estricto de la palabra si no existiera la libertad. El rango constitucional esta en este razonamiento, en su condición de factor que permite la subsistencia de todo un régimen de vida.²²

Esta práctica da respuesta directa, y no subsidiaria a la demanda, con lo que posibilita extraordinariamente uno de los mayores derechos del ser humano en una sociedad democrática y libre, la potencialización del ser en su mayor expresión, su capacidad proyectiva, y el desarrollo de su auto sostenimiento, es decir, que el ser humano construya por cuenta propia la satisfacción de sus necesidades, de tal manera que la persona se vuelve autónoma y generadora de su auto sostenimiento al desarrollar su personalidad. Además que propende cumplir con una función social, que es la búsqueda del bien común.²³

Por otro lado, la libertad de empresa solo puede ejercerse si existen los otros derechos consustanciales y hasta preexistentes al derecho a la libertad de empresa, se tiene el derecho de la persona a su identidad, y a su libre desarrollo y bienestar. Además de los derechos de la igualdad, que permiten que quien este en ejercicio de la libertad de empresa pueda realizarlo en iguales condiciones que cualquier otro, evitando de esta forma

²⁰ Carlos Fernández Sessarego (1988). Op. Cit. p. LXXVI

²¹ Id.

²² Cfr. Zambrano Torres Alex, “La Libertad de Empresa como Derecho Constitucional”, Internet.. <http://alexzambrano.webnode.es/products/la-libertad-de-empresa-como-derecho-constitucional/>, Acceso: 02/04/2013

²³ Id.

discriminaciones posteriores, por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.²⁴

Así también se encuentran las libertades de información, que son necesarias en toda relación de producción, así como la de expresión, las mismas que no necesitan previa autorización, siendo más bien garantizadas, bajo pena de responsabilidad para quienes hayan atentado contra las mismas.²⁵

Otro de los factores que hacen de la libertad de empresa tener el rango constitucional, es que organiza la producción y se puede decir también que organiza la distribución, permitiendo que la producción de bienes y servicios que no puede o no debe brindar el Estado, puedan brindarse por la empresa privada. Es importante tomar en cuenta que la empresa atiende la demanda, es decir que es el consumidor el que lo requiere, y este no discrimina su necesidad por el organismo que produce o debe producir el servicio, sino sólo demanda su ejecución.²⁶

La libertad de empresa, al ser de rango constitucional es una norma jerárquicamente superior; tomando en cuenta que la jerarquía de normas es la regla que las categoriza de tal manera que las superiores condicionan tanto la forma de emisión como el contenido de las inferiores. Así el derecho a la libertad de empresa sólo puede ser limitado por otro derecho constitucional, y no por un derecho de menor jerarquía. El Estado, la sociedad y la persona jurídica o natural están obligados a esto, como un imperativo categórico e ineludible.²⁷

En la totalidad de los casos la Constitución Política de los Estados no ignora la competencia y más bien consagra y garantiza la libre empresa y la competencia, teniendo presente que en la lucha entre empresas subsiste el más fuerte, el vencedor que se impone en el mercado generalmente es el más apto.²⁸ Ubicándonos en el Ecuador este derecho ha

²⁴ Id.

²⁵ Id.

²⁶ Carlos Fernández Sessarego, (1988). Op. Cit. p. LXXVI

²⁷ Cfr. Rubio Correa, “*La Interpretación de la Constitución según el tribunal constitucional*”, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 17.

²⁸ Cfr. Victor Cevallos Vásquez, “*Derecho de la Competencia*”, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2002, p. 28

sido reconocido ya muchos años atrás. La constitución de 1998, prevé en el numeral 3, del artículo 244, que al Estado le corresponde:

“Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”

Y este principio se mantiene en la actual Constitución que aunque se lo describe de una manera diferente y aparentemente más garantista, como es característica del mencionado cuerpo normativo, en esencia es lo mismo. Se encuentra en el capítulo VI sobre trabajo y producción, en la sección de formas de organización de la producción y su gestión:

“Art. 319.- Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.

El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.” (El subrayado es mío)

En conclusión la libertad de empresa abarca de acuerdo a la doctrina la libertad de creación de empresas, eligiendo el tipo o modalidad jurídica de la misma y el sector económico; libertad en la forma de ejercicio de la labor empresarial y libertad también para concluir la actividad empresarial.²⁹

1.2. Intervención del Estado en prácticas monopólicas

Desarrollar políticas de la competencia, o una ley sobre la materia, no constituyen fines en sí mismo, sino apenas unos medios para alcanzar los objetivos del sistema económico. Las estructuras jurídicas están condicionadas por las tendencias que se imponen en el debate económico-político, y en materia de competencia, es aún más clara esta influencia. En el caso ecuatoriano, las metas de la política económica están especificadas en el artículo 284

²⁹ Id.

de la Constitución vigente y conjugan una búsqueda de equidad y eficiencia en el funcionamiento de la economía.³⁰

“Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos:

- 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional.*
- 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.*
- 3. Asegurar la soberanía alimentaria y energética.*
- 4. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas.*
- 5. Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural.*
- 6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales.*
- 7. Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.*
- 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.*
- 9. Impulsar un consumo social y ambientalmente responsable.”(El subrayado me pertenece)*

Siguiendo este orden de ideas, es obligación del Estado, buscar la tutela de los derechos del consumidor y del usuario, ante la abundancia y satisfacción crecientes de un mercado cada día más globalizado, tomando en cuenta la variedad de productos y servicios que se ofrecen, la avalancha de publicidad por todos los medios posibles y la reducción de la competencia debido a los diversos factores económicos.³¹

El derecho de la competencia tiene su origen en Norteamérica a finales del siglo XIX, desde donde fue extendiéndose progresivamente en el resto del mundo, para convertirse hoy en día en un cuerpo de normas de aplicación universal. En un primer momento, tras la Segunda Guerra Mundial, sólo las economías desarrolladas como Japón o Europa se dotaron de una legislación similar a la estadounidense.³²

Posteriormente, y en particular tras los años noventa del siglo XX, el Derecho de la Competencia fue adoptado en los estados con economías en desarrollo, como complemento

³⁰ María Elena Jara Vásquez (2011) Op. Cit. p. 215

³¹ Victor Cevallos Vásquez (2002) Op. Cit. p. 28

³² Id.

natural a la adopción de políticas de liberalización y apertura de los mercados y, en sí mismo, como motor de crecimiento económico.³³

Las peculiaridades socioeconómicas de los Estados Unidos, con origen en los principios consagrados en su Constitución, explican que las llamadas “normas antitrust”³⁴ floreciesen en aquel país. Por un lado, la actividad económica no estaba lastrada por las seculares prácticas corporativas que imperaban en vastos sectores de la economía en el viejo continente.³⁵

Por otro lado permanecía en gran medida ajeno a la actividad económica, y ello en gran parte debido a la desconfianza que en los ciudadanos estadounidenses despierta la injerencia del Estado en la esfera privada. En este contexto, el fenómeno de concentración de poder económico, manifestado en la aparición de los primeros grandes conglomerados industriales fue percibido por la opinión pública como un peligro para la democracia y para la libertad, tanto o más importante que la propia intervención estatal, ante el que además, los ciudadanos se encontraban indefensos.³⁶

De esta manera el legislador intervino para limitar o prohibir la libertad de pactos entre competidores a través de la adopción de la Ley Sherman³⁷, el 2 de julio de 1890, que declaró ilegal todo contrato, asociación en forma de trust o de otra índole, que restrinja el tráfico mercantil o el comercio entre varios Estados, o con Naciones extranjeras. Por otro

³³ Id.

³⁴ El nombre se debe a que esta rama del Derecho fue creada para combatir los trust de comercio. Posteriormente, otros países adoptaron el Antitrust en su ordenamiento jurídico utilizando otros términos como "leyes de competencia", "de libre competencia" o "antimonopolios".

³⁵ Victor Cevallos Vásquez (2002) Op. Cit. p. 31.

³⁶ Id.

³⁷ “...la unión del espíritu emprendedor y el capital no se conforma con la creación de sociedades y corporaciones que compiten entre sí. Por ello se ha inventado una nueva forma de asociación denominada trust, cuyo objeto es evitar la competencia mediante la coordinación de las sociedades y las personas que actúan en un determinado sector ofreciendo el poder a un número pequeño de personas y, a menudo a una sola (...). El único objetivo de tales asociaciones es hacer que la competencia resulte imposible(...). La ley del egoísmo sin el control que la competencia supone, lleva a dejar de lado los intereses de los consumidores (...). Si en un día no nos sometimos a un emperador, no deberíamos someternos ahora a un autócrata del comercio, con poderes para evitar la competencia y fijar el precio de cualquier producto.” (Intervención del Senador Sherman ante el congreso Norteamericano en defensa de la Ley que llevaba su nombre)

lado, la Ley Sherman prohibió las llamadas prácticas de monopolización por parte de las empresas.³⁸

La propia Ley Sherman refleja en cierto modo esta actitud de desconfianza hacia los llamados *trusts*, en la medida en la que fomenta la participación de los litigantes particulares en procedimientos judiciales en reclamación de indemnizaciones por daños y perjuicios. De este modo, los perjudicados por acciones anticompetitivas pueden recuperar de los infractores tres veces el importe de los daños que puedan demostrar les ha causado una restricción de la competencia, aparte de las costas, que incluyen los honorarios del abogado. Además que la Ley Sherman incluye disposiciones penales.³⁹

Paralelamente, el Derecho Antitrust fue cobrando complejidad desde sus primeros años, ya que se trataría de una materia sujeta a evolución permanente y de interpretación casi siempre controvertida. El poder judicial comprendió rápidamente que una interpretación literal de las disposiciones de la Ley Sherman, podría traducirse en perjuicios injustificados para los ciudadanos.⁴⁰

En el ordenamiento antitrust estadounidense, aplicado principalmente por los jueces ordinarios, concurren así rasgos característicos de tres áreas del derecho: el derecho administrativo, el derecho civil y el derecho penal en algunos casos.⁴¹

El desarrollo histórico y la difusión geográfica del derecho regulatorio de la competencia, tienden a demostrar que este se encuentra intensamente vinculado con el tipo de economía que ha imperado en Europa Occidental, Estados Unidos y en el mundo desarrollado, en general, a partir de la Revolución Industrial.⁴²

El paralelismo entre ese tipo de estructura productiva y la especie de normas considerada no puede imputarse, en efecto, al simple desenvolvimiento de las estructuras mentales o

³⁸ Victor Cevallos Vásquez (2002) Op. Cit. p. 31

³⁹ Id.

⁴⁰ Id.

⁴¹ Cfr. Luis Ortiz Blanco, “Manual de Derecho de la Competencia”, Madrid, Editorial Tecnos, 2008, pp. 19-21.

⁴² Id.

ideológicas en los países desarrollados. Igualmente el fracaso de la rama jurídica considerada en países que no presentan una estructura industrial avanzada, aun cuando se haya propiciado su implementación a través de los poderes ejecutivos y legislativos, demuestra que la reglamentación y protección de la concurrencia a los mercados enfrenta grandes resistencias del cuerpo social, cuando este no ha alcanzado una etapa mínima en su desenvolvimiento económico.⁴³

A fin de comprender el fenómeno descrito, debe tenerse en cuenta que las economías que no han alcanzado un alto grado de industrialización no dan lugar a que los organismos estatales dirijan en medida significativa su estructura competitiva. Tales economías presentan por hipótesis, un sector primario proporcionalmente amplio, en relación con el producto total del país.⁴⁴

Dicho sector primario, en razón de las condiciones de costos crecientes a escala que suele caracterizarlo, de la atomización de la propiedad rural y de la homogeneidad de sus productos, queda sometido, en principio a condiciones de competencia perfecta o similares. En tal marco, la incidencia de un régimen jurídico destinado a regular la concurrencia de los mercados sería escasa.⁴⁵

Cuando el Estado interviene para modificar el funcionamiento espontáneo de tales mercados relativamente perfectos es, generalmente, para asegurar mejores condiciones a los productores, o para evitar fluctuaciones de precios que, por determinadas razones, se consideran nocivas para la economía del país.⁴⁶

Lo que ha cambiado es el papel de la función del Estado en la economía, debe aplicar nuevos modos de acción que radiquen en una sólida reflexión estratégica adaptada a la nueva realidad global liberalizada y abierta. A los objetivos tradicionales del Estado, que se sustentaban en la defensa de una independencia nacional, seguridad, justicia, educación, y

⁴³ Id.

⁴⁴ Cfr. Guillermo Cavanellas de las Cuevas, *“Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, tomo I”*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2005, pp. 11-15

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Id.

protección social, se añaden nuevas responsabilidades, como el respeto a los grandes equilibrios económicos.⁴⁷

Los fines del derecho de la competencia, son en principio, corregir las fallas del mercado, es decir, la libre interacción entre la oferta y la demanda, la obtención de los mejores precios para los consumidores, de modo que estos puedan obtener las mejores condiciones de precio y servicio, el estímulo de la innovación y el progreso tecnológico y la mejor asignación de los recursos.⁴⁸

El Estado debe buscar la igualdad en la participación, la defensa de la competencia, en este aspecto desempeña el rol de garantizar el mercado, como estructura básica que hace posible el desarrollo de la libertad económica, en condiciones de igualdad de oportunidades de acceso, ello no debe ser confundido con la defensa de la ineficiencia, que sucumbe ante la mayor competitividad de otros agentes económicos.⁴⁹

La competencia asegura acceso al mercado y no el éxito en los negocios. No es una igualadora de resultados finales de la gestión empresarial, sino una igualadora de oportunidades de acceso. El resultado esperado de esta libre e igual oportunidad de acceso, es que los demandantes de bienes y servicios tengan la posibilidad de elegir entre distintas opciones en precios y calidad. De esto el propio mercado decantará a los más eficientes en términos competitivos en un proceso de selección natural.⁵⁰

Respecto de la legislación de parte del Estado como medio para lograr una asignación racional de los recursos, podemos notar que la demostración más frecuente de los efectos favorables de la legislación regulatoria de la competencia sobre la asignación de los factores productivos de una comunidad se basa en la evaluación de las consecuencias de los monopolios sobre tal asignación.⁵¹

⁴⁷ Id.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ Id.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Id.

A tal efecto, se recuerda el principio de que sólo una economía que opera en condiciones de competencia perfecta puede lograr una óptima distribución de los recursos de la sociedad entre las distintivas actividades económicas.

Bajo esas condiciones, los precios tienden a reflejar la relación de sustitución entre los distintos bienes y servicios, es decir, de cuantas unidades de un bien debe prescindir la sociedad para lograr una unidad de otro bien. Los consumidores deciden, sobre la base de sus gastos y a través de su demanda, qué bienes y servicios serán producidos. La estructura productiva es así reflejo de los deseos de los consumidores, de la dotación de factores de la sociedad y de las relaciones técnicas de producción, existentes en tales factores.⁵²

Aplicando esto al contexto ecuatoriano, encontramos que el sistema económico nacional, funciona en el contexto de un Estado social. En el Ecuador, los principios consagrados en la Constitución de 1929 pueden ser considerados como el origen del Estado social en el país. Sin embargo, la referencia expresa a este Estado social dentro del texto constitucional no se produjo sino hasta la Constitución de 1978, codificada en 1998.⁵³

En términos generales, el concepto de Estado social está orientado hacia la búsqueda de justicia social e implica la búsqueda de igualdad material, real, más allá de la igualdad formal propia de una concepción de tipo liberal clásico. Esta búsqueda de igualdad material, se concreta a nivel constitucional en la consagración de derechos económicos, sociales y culturales, a fin de proteger a los socialmente más desfavorecidos; en el establecimiento de garantías para los mismos; en el reconocimiento de límites a los derechos y libertades individuales cuando así lo impone la búsqueda del bien común.⁵⁴

El artículo 336 de la Constitución vigente consagra expresamente a la competencia como un bien jurídico digno de protección:

⁵² Cfr. Javier Ginebra Serrabou, *"El Derecho de la Competencia en Tiempos de Crisis"*, México, Editorial Porrúa, 2011, p. 8-13.

⁵³ Id.

⁵⁴ Id.

Art. 336.- *El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.*

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

Una aproximación a la definición de competencia es entenderla como un proceso dinámico de permanente recepción, de avance y recuperación, a través del cual las empresas innovadoras obtienen ventajas temporales en el mercado, ventajas que tienden a desaparecer gradualmente debido a la competencia imitadora.⁵⁵

La competencia es una expresión de la lógica individualista que anima el funcionamiento de una economía estructurada en torno al mercado. La competencia debe ser protegida dentro del sistema económico social y solidario por la relevancia de la institución del mercado en la Constitución vigente, tomando en cuenta las siguientes funciones de la competencia que tienen particular trascendencia en este contexto:

- Competencia como instrumento distributivo, desde esta perspectiva, la competencia juega un papel importante en la búsqueda de equidad, al inhibir la formación y/o funcionamiento de monopolios innecesarios. Mediante la aplicación de normativa monopólica, se evita que quien ostenta poder de mercado imponga condiciones abusivas y genere a su favor utilidades excesivas, y que los consumidores, por su parte, paguen más de lo que pagarían en una situación de competencia.
- Competencia como un mecanismos de inclusión en el mercado, la competencia permite que nuevos emprendedores entren a disputar la preferencia de los consumidores. Esto es particularmente importante al tratarse de pequeñas y medianas empresas, sector al que el vigente marco constitucional apunta a que se dirijan nuevos esfuerzos. Desde esta perspectiva, profundamente relacionada con el aspecto redistributivo, el Plan Nacional de Desarrollo concibe como política identificar, controlar y sancionar las prácticas de competencia desleales, y toda

⁵⁵ Id.

violación a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos, con el fin de fomentar la igualdad de condiciones y oportunidades en los mercados.

12. Anexos

Objetivo 8: Consolidar el sistema económico social y solidario, de forma sostenible Políticas y lineamientos

8.1 Invertir los recursos públicos para generar crecimiento económico sostenido y transformaciones estructurales

(...)

*e. Identificar, controlar y sancionar las prácticas de abuso de poder de mercado.*⁵⁶

- Competencia como instrumento de eficiencia en el mercado. La Constitución vigente destaca la importancia de la eficiencia y transparencia en los mercados. La premisa es que la competencia permite que factores productivos se usen con el máximo de rentabilidad y razonabilidad, e impulsa el avance en la tecnología. Sin embargo, la misma búsqueda de eficiencia puede llevar a admitir excepciones a la competencia, por ejemplo, en la búsqueda de generación de economías de escala.⁵⁷

Los principios contenidos en la Constitución, reflejan la fisonomía de un modelo gubernamental intervencionista, que no sólo otorga al Estado las competencias de dirección general política, sino que pone sobre su cabeza el deber –siempre secundario, siempre después del ciudadano- de producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos, de impulsar el desarrollo de las actividades económicas, de promover la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales... En el campo económico se propende una política de mercado equilibrada, con intervenciones puntuales de la autoridad. La misma Constitución fija toda una estructura económica para el Ecuador.⁵⁸

La protección de la competencia conjuga una serie de valores que entremezclan las aspiraciones sociales complementarias de equidad y eficacia, como lo hace la Constitución en la consagración del orden económico vigente. La competencia cuya protección está consagrada en la Constitución, es la considerada desde una perspectiva operativa,

⁵⁶ Plan Nacional para el Buen Vivir, 2013-2017. Registro Oficial Suplemento 78 de 11 de septiembre de 2013

⁵⁷ Javier Ginebra Serrabou (2011). Op. Cit. p. 15

⁵⁸ Marcelo Marín Sevilla, “Régimen de la Competencia”, Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014

funcional, eficaz o aplicable, que debe ser identificada de acuerdo a las características particulares de cada mercado y admite zonas de excepción, es decir, zonas de las cuales es posible eliminar o restringir la competencia con el fin de perseguir objetivos beneficiosos para el orden económico, como el fomento de ciertas actividades.⁵⁹

1.3. Necesidad de la creación de un órgano especializado en controlar el poder de mercado

El mercado ecuatoriano está caracterizado por su tamaño reducido y por su carácter oligopólico. La población nacional alcanza aproximadamente quince millones y medio de habitantes, de los cuales gran parte vive en situación de pobreza y tiene escasa capacidad de consumo. Razones de índole histórico-cultural y social, en conjunción con la reducida dimensión del mercado nacional, han favorecido una alta concentración en varios sectores de la economía ecuatoriana. En ciertos casos esta concentración está vinculada con la aplicación sistemática de prácticas anticompetitivas, y la obtención de altas ganancias no se debe a la mejor calidad del bien o servicio, ni a la mayor eficiencia en los procesos de producción, sino a la ausencia de competidores a los cuales se ha impedido ingresar al mercado.⁶⁰

En el Ecuador, las prácticas anticompetitivas provienen tanto del sector privado como del público. Este último restringe la competencia de muchas formas, por ejemplo, a través de la limitación de importaciones, o de la supresión de licitaciones para contratos públicos, lo cual es relevante en atención al volumen de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. En otros casos el Estado ha influido positivamente en la materia de competencia, por ejemplo al introducir competidores públicos, como aconteció en el ámbito de la telefonía celular.⁶¹

⁵⁹ Javier Ginebra Serrabou (2011). Op. Cit. p. 15

⁶⁰ María Elena Jara Vásquez (2011) Op. Cit. p. 199

⁶¹ Id.

El hecho es que en el Ecuador la competencia ha sido muy limitada, a pesar del importante rol que esta desempeña dentro del sistema económico. Las siguientes son las funciones de la competencia sobre las que existe mayor grado de consenso:

- Posibilitar que la oferta sea determinada por la demanda (soberanía del consumidor);
- Asignar los factores de producción según oportunidades más productivas de aprovechamiento (minimización de costos totales de la producción en la economía nacional, eficiencia);
- Impedir que la explotación mono u oligopólica genere ingresos no justificados en rendimientos reales (generación de equidad según rendimientos y distribución de ingresos); e
- Incentivar innovaciones en el proceso productivo (función dinámica: generación de competitividad)⁶²

Como contracara de la misma moneda, deben considerarse varios perjuicios que la literatura especializada identifica como derivados de la ausencia de prácticas competitivas, los cuales tienen una especial repercusión en países en vías de desarrollo:

- Exclusión de pequeños productores, que tienen más dificultad de defenderse de prácticas contrarias a la competencia;
- Ausencia de motivación para que los productores locales mejoren sus niveles de eficiencia; y
- Disminución de la posibilidad de captar inversión extranjera seria y de controlar los efectos de esta. Mientras algunos inversionistas extranjeros pueden sentirse en libertad de realizar prácticas contrarias a la competencia, de las que se abstendrían en sus países de origen, en el país receptor de la inversión que no cuenta con una ley sobre la materia, otros inversionistas extranjeros, que buscan una relación de largo plazo con el país receptor, pueden desmotivarse ante la ausencia de herramientas legales para defenderse frente a prácticas anticompetitivas.⁶³

⁶² Id.

⁶³ Id.

En las dos últimas décadas, en medio del auge de las tesis de apertura y liberalización de mercados, varios países en proceso de desarrollo optaron por, adoptar en unos casos, y reformar en otros, legislaciones pro competencia, como una herramienta para corregir distorsiones en el funcionamiento de los mercados internos, facilitar su inserción en los mercados internacionales y, a la larga, mejorar sus perspectivas de crecimiento económico.⁶⁴

El vínculo entre competencia y crecimiento ha sido frecuentemente estudiado, y existen varios estudios que concluyen que la competencia tiene una incidencia positiva en el camino hacia el crecimiento.⁶⁵

En contraste con esta tendencia, el Ecuador no expidió una ley sobre la materia, sino hasta octubre de 2011, a pesar de que tanto la Constitución vigente (Constitución de 2008), como la constitución anterior, e inclusive el texto constitucional antecesor de 1997, se ha referido a la obligación del estado de expedir una ley sobre el tema, aunque bajo diferentes vertientes ideológicas.⁶⁶

Durante los últimos años se presentaron una serie de proyectos de ley sobre competencia, sin que ninguno de ellos haya contado con el respaldo político necesario para convertirse en ley. El que más lejos llegó, en forma previa a la expedición de la vigente Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, fue el Proyecto de Ley de la protección de las libertades económicas, re denominado como Proyecto de Ley de promoción y defensa de la competencia económica. Este proyecto fue aprobado en el entonces Congreso Nacional, y una vez que pasó al Ejecutivo fue totalmente vetado “por inconveniente”, sin explicaciones de fondo. En el proceso de discusión del proyecto se evidenciaron intereses sectoriales que no llegaron a conciliarse. La opinión del empresariado y de la institucionalidad pública fue dividida.⁶⁷

Ante la resistencia de una parte importante del sector empresarial caben diferentes lecturas. Por un lado, puede entenderse que quienes se opusieron eran beneficiarios del status quo y

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ Id.

⁶⁷ Id.

deseaban seguir medrando de las rentas exageradas que prácticas anticompetitivas les reportaban, aunque a la larga existencia de reglas que castiguen prácticas anticompetitivas beneficia notoriamente al mismo empresariado, pues le dota de herramientas efectivas de tutela para su actividad. Por otro lado, la debilidad de la institucionalidad ecuatoriana, acentuada durante los últimos años; la extendida corrupción en el país, en general y en el sector público, en particular; y la falta de transparencia en muchas actuaciones estatales constituyen un factor de recelo muy comprensible.

Luego de varios fracasos legislativos previos, el vacío de una ley sobre competencia fue parcialmente cubierto mediante la expedición del Decreto Ejecutivo 16124⁶⁸, contentivo de las Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN.⁶⁹ La mencionada decisión 608 estableció en lo principal las conductas restrictivas a la libre competencia y el procedimiento de investigación conducente a la imposición de sanciones. En cuanto a su ámbito de aplicación, las disposiciones de la decisión 608 se dirigen hacia conductas practicadas en el territorio de uno o más países miembros de la CAN y cuyos efectos reales se produzcan en otro país; o a conductas practicadas en el territorio de un país no miembro de la CAN y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más países miembros. Para Ecuador, se dispuso en la decisión 616, que adoptara lo mandado en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la referida Decisión 608, es decir, se le dio alcance local.

Adicionalmente, en la mencionada Decisión 616 se estableció que, a más tardar el uno de agosto de 2005, el Ecuador debía designar a la Autoridad Nacional encargada de la ejecución de la decisión 608. Sin embargo, no fue sino hasta el año 2009, a través de la expedición del Decreto 1614, que se creó la Subsecretaría de Competencia, como una dependencia del Ministerio de Industrias y Competitividad, entre cuyas facultades se encontraban las de promoción, difusión, investigación y sanción en materia de competencia. En suma el Decreto 1614 instauró una institucionalidad de protección a la competencia y un conjunto de normas procedimentales, correctivas y sancionadoras, reflejo de la Decisión 608. Su vigencia se extendió hasta la expedición de la LORCPM.

⁶⁸ Registro Oficial 558, de 27 de marzo de 2009.

⁶⁹ Normas para la protección y promoción de la competencia en la Comunidad Andina

La Subsecretaría de la Competencia, difundió temas relacionados con competencia, realizó algunos estudios de mercado y conoció algunos casos sobre prácticas restrictivas de la competencia. Esta Subsecretaria dependía del Ministerio de Industrias y competitividad, a su vez dependiente del poder ejecutivo, lo que reflejaba cierta debilidad institucional. Aunque la Superintendencia haya sido formalmente concebida como una entidad autónoma, enfrenta el reto de ser percibida como una entidad fundamentalmente técnica, independiente del poder político.⁷⁰

Es así que el Ecuador desarrolla la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, como herramienta para normar todos los problemas que acarrearán las actividades propias del mercado. Durante el proceso de socialización del proyecto de LORCPM, el sector empresarial hizo énfasis en los siguientes aspectos: la amplia posibilidad de excepciones, particularmente para el sector público y para la economía popular y solidaria; la falta de definición a nivel legal de las funciones de la junta de regulación; la ausencia de límites para algunas de las sanciones legalmente establecidas; el papel del Ejecutivo en la formulación de políticas públicas y regulación sobre competencia.⁷¹

⁷⁰ María Elena Jara Vásquez (2011) Op. Cit. p. 199

⁷¹ *Ibíd.*

CAPÍTULO II

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

2.1. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

La mayor parte de información que se presenta en este sub capítulo fue obtenida a partir de una conferencia informativa que brindó la Superintendencia de Control del poder de Mercado, dentro del contexto del programa de “Ayudas Económicas para el Desarrollo de Tesis de Pregrado”. La Conferencia fue dada por funcionarios de la Superintendencia en lo relativo a cada área. Mediante gestiones personales, fue posible recopilar la información presentada, resumirla y adaptarla al presente trabajo de investigación, por tal razón esta sección del documento no se remite a una gran cantidad de fuentes bibliográficas.⁷²

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde octubre de 2008, se caracteriza por ser garantista de los derechos de las personas, siendo incluso pionera en este sentido respecto a otros Estados, de tal manera que a partir de su vigencia se ha dado paso a la creación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que a su vez permite la creación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Como antecedente, se evidencia que la Norma Suprema señala en su artículo 304 que la política comercial tendrá como uno de sus objetivos, evitar prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados. Asimismo el artículo 335 de la Constitución, impone al Estado las

⁷²Conferencia de capacitación, Programa de Ayudas Económicas para el Desarrollo de Tesis de Pregrado, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Conferencia de capacitación de 27 de noviembre de 2013, 10:00

obligaciones de regular, controlar e intervenir, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; definir una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal.

Y el artículo 336 de la Carta Fundamental impone al Estado el deber de impulsar y velar por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, promoviendo la reducción de las distorsiones de la intermediación y promoción de su sustentabilidad, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia en los mercados, mediante el fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.

Es así que en base a estas disposiciones constitucionales se promulgó, en el Registro Oficial Suplemento 306 de 22 de Octubre de 2010, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el mismo que prevé que es uno de los lineamientos para el desarrollo el aportar a la construcción de un sistema económico social, solidario y sostenible, que reconozca las distintas formas de producción y de trabajo, y promueva la transformación de la estructura económica primario-exportadora, las formas de acumulación de riqueza y la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo. Posteriormente el Ministro de Finanzas de conformidad con el artículo 74, numeral 15, del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, mediante oficio No. MINFIN-DM-2011-1246 de 5 de agosto de 2011, emite dictamen favorable del proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para luego ser publicada en el Registro Oficial, Suplemento 555 de 13-oct-2011.

El objeto principal de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado es alcanzar la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores. Están sometidos a esta Ley, todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, con o sin fines de lucro, que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, que produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

Para la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a la Ley o la responsabilidad del operador económico.

Para efectos de esta Ley el mercado relevante se determinará en cada caso, pero se debe considerar al menos: el mercado de producto o servicio, es decir el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos; y, el mercado geográfico, es decir zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas del aprovisionamiento del producto relevante. La determinación considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado, los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, considerando las características de la superficie de venta, conjunto de bienes que se oferta, tipo de intermediación.

Asimismo a efectos de esa Ley, se entiende por volumen de negocios total de uno o varios operadores económicos, la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias. La determinación considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

En relación al poder de mercado se lo ve como la capacidad de operadores económicos para influir significativamente en el mercado, pudiendo alcanzarlo individual o colectivamente, Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. Es importante tener en cuenta que la obtención o fortalecimiento del poder de mercado a través de la eficiencia no atentan contra la competencia.

Se entiende que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan,

restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

La Ley hace una enumeración ejemplificativa de casos en los que se da el abuso de poder de mercado, siendo los ejemplos más comunes fijar precios predatorios⁷³ o explotativos,⁷⁴ condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, ventas condicionadas y atadas injustificadas; negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición; incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros; negativa injustificada de acceso a redes, infraestructura a cambio de remuneración; descuentos condicionados: tarjetas de afiliación, fidelización, pagos por acceder a descuentos; abuso de derechos de propiedad intelectual; contratos de distribución o venta exclusiva o cláusulas de no competencia; fijar injustificadamente precios de reventa; condicionamiento a utilizar productos de terceros; plazos excesivos e injustificados de pago, devolución de productos; obtener o intentar obtener amenaza de ruptura de relaciones condiciones de pago o modalidades de venta; utilizar su poder de mercado para obtener ventajas adicionales.

Asimismo para efectos de esta Ley se entiende por acuerdos y prácticas restrictivas, y por lo tanto están prohibidas, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser

⁷³ Precio predatorio: Fijar el precio de un producto por debajo del precio de los productos rivales, es una estrategia competitiva frecuente, que tiene como objetivo aumentar las ventas y ganar cuota de mercado. La utilización de esta estrategia es viable cuando la empresa es más eficiente o está dispuesta a obtener un margen menor que sus rivales. Dado que esta conducta empresarial favorece a los consumidores y estimula la innovación, la intervención de las autoridades administrativas en denuncias por precios bajos debe ser prudente para no desalentar a las empresas a competir en precios y privar a los consumidores del beneficio derivado. Cfr. José Antonio Varela González, “*precios predatorios y competencia*”, Tribunal Galego de Defensa de Competencia, Internet: http://www.tgdcompetencia.org/publicaciones/medios/precios_predatorios.pdf, Acceso: 06/09/2014.

⁷⁴ Precio explotativo: Fijar un precio excesivo a un producto. Las empresas dominantes usan su poder de mercado para, generalmente, imponer a los consumidores precios más altos de los que encontrarían de no observarse dicha conducta. Cfr. Juan Pablo Herrera Saavedra, “*Una breve reflexión acerca de los precios excesivos*”, Superintendencia de Industria y Comercio, Internet: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/promocion_competencia/Foro/web/Presentaciones/J_P_Herrera.pdf, Acceso: 06/09/2014

impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

El control y regulación de concentración económica se da a través de dos procedimientos, la Superintendencia autoriza, condiciona o niega una solicitud previa de autorización para llevar a cabo una operación de concentración económica; e, investiga y resuelve sobre operaciones de concentración no notificadas, en caso de que la notificación haya sido obligatoria. En este sentido la notificación es obligatoria si el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación; y en el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

En relación a las prácticas desleales conforme a la normativa referida se entiende por todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

2.1.1. Estructuración de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado fue creada por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el suplemento del Registro oficial, número 555 de 13 de octubre de 2011 y pertenece a la Función de Transparencia y Control Social. Creada para cumplir con el mandato legal de controlar las operaciones de concentración económica; prevenir, corregir y sancionar las conductas anticompetitivas de operadores económicos tales como el abuso de poder de mercado, los acuerdos y prácticas restrictivas; prácticas desleales y estableciendo mecanismos que contribuyan a lograr la eficiencia en los mercados, el comercio justo, el bienestar general de los consumidores y usuarios.

Es un Organismo técnico, de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa. Su domicilio es la ciudad de Quito, sin perjuicio de las oficinas que la Superintendencia pueda establecer en otros lugares del País, la máxima autoridad administrativa, resolutiva y sancionadora de este organismo público es el Superintendente de Control de Poder del Mercado, quien es representante legal, judicial y extrajudicial de la superintendencia, el mismo que fue posesionado el 6 de septiembre de 2012, por el pleno de la Asamblea Nacional.

Los objetivos principales que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe cumplir, conforme a la Ley que la regula son, evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; la prevención, prohibición y sanción de prácticas desleales; y, fomentar la competencia.

El Ecuador es el último país en la región en tener una ley que regule y controle el poder de mercado, lo que implica que hemos tenido un gran atraso para empezar desarrollar una cultura de respeto en el mercado por medio de normas, pero que por el contrario obtenemos a nuestro favor toda la experiencia y normativa de los otros países que con el paso del tiempo han desarrollado leyes modelo de las cuales podemos emular lo que consideremos

positivo. En el siguiente cuadro se muestra cronológicamente el proceso de construcción normativa referente a la materia en cuestión, en Latinoamérica:

AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LATINOAMÉRICA	
País	Primera Regulación
Argentina	1923
México	1931
Chile	1959
Brasil	1990
Colombia	1991
Perú	1991
Venezuela	1992
Costa Rica	1994
Panamá	1996
Uruguay	2000
El Salvador	2006
Honduras	2006
Nicaragua	2006
República Dominicana	2008
Ecuador	2011
Guatemala	NA
Paraguay	NA
Bolivia	NA

Fuente: Informe Superintendencia de Control del Poder de Mercado 10/10/2013

AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN EUROPA	
País	Primera Regulación
España	1963

Fuente: Javier Cortázar Mora, Curso de Derecho de la Competencia, editorial Temis, Bogotá Colombia, 2011

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado está conformada administrativamente por cuatro Intendencias, que se encargan cada una de funciones específicas, con el objetivo común de cumplir las tareas para las que fueron creadas, estas son:

2.1.2. Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos Prácticas Restrictivas

Las funciones corresponden a la investigación de las actuaciones de los operadores económicos, tendiente a determinar la comisión de prácticas anticompetitivas tales como:

- Abuso de poder de Mercado

Conforme a la Ley de la materia, se entenderá que se produce abuso de poder del mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

- Abuso de poder de Mercado en situación de Dependencia Económica

Asimismo la Ley prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor ζ , además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

- Acuerdos y prácticas restrictivas

Se los entiende por todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectan negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. Los acuerdos de fijación de precios, de repartición de clientes, de repartición de mercados, o de colusión de compras públicas son prácticas antimonopólicas per se.

En los tres casos la Ley, en sus artículos 9, 10, y 11 realiza una enumeración ejemplificativa de casos que se enmarcan en las proposiciones descritas, salvando que no son los únicos casos en los que la Superintendencia puede actuar. Sin embargo es importante aclarar que la Ley no permite hacerlo sobre la estructura, sino sólo sobre el comportamiento de los operadores económicos.

2.1.3. Intendencia de Investigación de prácticas desleales

Tiene como misión coordinar y supervisar las actuaciones tendientes a investigar y determinar la ejecución de prácticas desleales establecidas y sancionadas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; e identificar a los operadores económicos responsables. Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La Ley realiza una enumeración ejemplificativa de prácticas desleales, en las que constan los actos de confusión; los actos de engaño; los actos de imitación; los actos de denigración; la explotación de reputación ajena; las prácticas agresivas de acoso contra los consumidores; y, la violación de secretos empresariales.

2.1.4. Intendencia de Control de Concentraciones

Esta Intendencia por su parte, tiene como objeto realizar un efectivo control de las concentraciones de los actores económicos, las operaciones que revisa esta Intendencia son de concentración económica informativas; y, de concentración económica obligatorias. Se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos.

Los objetivos principales del control de concentraciones son: buscar la diversificación comercial y geográfica, alcanzar una mayor eficiencia económica, la expansión a nuevos mercados; sinergias financieras, fomentar la investigación y el desarrollo y el incremento de poder de mercado. Las operaciones de concentración económica, conforme a la Ley, se pueden dar a través de la realización de actos como fusiones; transferencia total de activos; adquisición de propiedades; vinculación mediante administrador común; y, transferencia fáctica o jurídica.

Existen dos tipos de concentraciones, las denominadas concentraciones horizontales, las cuales se dan entre empresas de la misma industria, es decir, entre competidores; y las concentraciones verticales, que son aquellas que se dan entre empresas hacia adelante o hacia atrás de la cadena productiva.

2.1.5. Intendencia de Abogacía de la Competencia

La Intendencia de la Abogacía de la competencia tiene como objeto el fomento de la efectiva competencia mediante la promoción para la eliminación de barreras normativas y administrativas; en este contexto se han realizado estudios de mercado que permitan analizar y monitorear los distintos sectores con el objetivo de emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de competencia en los mercados. Así como presentar propuestas técnicamente justificadas a los órganos competentes para la

regulación y el establecimiento de actos normativos aplicables a los distintos sectores económicos.

Los objetivos principales son promover la creación de un ambiente de efectiva competencia; promover la participación de los actores públicos y privados en el fomento de la competencia; y, la evaluación y propuesta de nuevos mecanismos de una sana competencia.

2.2. Atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y su efectivo cumplimiento

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado es un organismo relativamente nuevo, por lo que día a día se va construyendo a sí mismo y va perfeccionando el cumplimiento de las atribuciones que señala la Ley y demás normativa que la rige. Por esta razón aún no existe doctrina que desarrolle y analice su cumplimiento, en tal virtud este trabajo busca acercarse fielmente a cómo en la práctica esta Superintendencia hace uso de sus facultades para cumplir con su objeto, descrito en líneas anteriores. Esta información se basa en un trabajo de campo realizado en la propia Superintendencia, en una entrevista realizada con el economista David Gutierrez, funcionario de la Intendencia de la Abogacía, de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 13 de marzo de 2014, en la cual se desarrollaron una a una las atribuciones de este Organismo de control; así como a partir de las regulaciones que han surgido para desarrollar la Ley.⁷⁵

Siguiendo este orden de ideas, resulta imprescindible citar el artículo 38 de la Ley, el cual realiza una enumeración taxativa de las atribuciones que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe ejercer a través de sus órganos, para poder desarrollarlas individualmente:

⁷⁵ Entrevista en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 13 de marzo de 2014, Funcionario David Gutierrez, funcionario de la Intendencia de la Abogacía, Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

“Art. 38.- Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones:

1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias.

La investigación de mercado es una técnica que permite recopilar datos, de cualquier aspecto que se desee conocer para, posteriormente, interpretarlos y hacer uso de ellos. Sirven al comerciante o empresario para realizar una adecuada toma de decisiones y para lograr la satisfacción de sus clientes.⁷⁶

Los principales beneficios de la investigación de mercado son:

- Mayor y mejor información para tomar decisiones acertadas, que favorezcan el crecimiento de las empresas.
- Proporciona información real y expresada en términos más precisos, que ayudan a resolver, con un mayor grado de éxito, eventuales problemas.
- Proporciona certeza acerca del tamaño del mercado que se desea cubrir.
- Sirve para determinar el tipo de producto que se introducirá al mercado, con base en las necesidades manifestadas por los consumidores, durante la investigación.
- Define las características del mercado al que satisface o pretende satisfacer determinada empresa.
- Ayuda a saber cómo el comportamiento del mercado.⁷⁷

La Superintendencia tiene la facultad de realizar estudios de mercado para efecto de la aplicación de la Ley, de manera general este organismo de control procura estudiar y monitorear los mercados, realizar estudios sobre niveles de concentración en los diferentes segmentos económicos, también tienen como finalidad la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia.

⁷⁶Cfr. PROGRAMA DE CAPACITACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL COMERCIO DETALLISTA, “Investigación de Mercado”, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de México (SECOFI), Internet: <http://www.contactopyme.gob.mx/promode/invmdo.asp>, Acceso 06/09/2014.

⁷⁷Id.

A partir de los resultados de los estudios de mercado realizados, la Superintendencia puede elaborar propuestas para el establecimiento de las normas con carácter general y obligatorio que expida la Superintendencia; mantener registro de operadores con poder de mercado; realizar las opiniones técnico-económicas en materia de competencia y libre concurrencia para ser presentados ante las autoridades administrativas o judiciales; proponer los mecanismos para la difusión y promoción de los estudios que realice; entre otros.

La Superintendencia contempla dos tipos de estudios de mercado en el ejercicio de sus funciones, estudios ex post y ex ante. Entendemos a los primeros enunciados como aquellos que se realizan posterior al hecho, de manera general están a cargo de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos Prácticas Restrictivas y de la Intendencia de Investigación de prácticas desleales, estos estudios se realizan una vez que ya ha existido un hecho que presuntamente está atentando contra la correcta competencia y que llegan a conocimiento de la superintendencia justamente a partir de las investigaciones realizadas.

Por su parte los estudios ex ante son aquellos que se realizan antes de que exista o pueda existir alguna violación a la Ley, están a cargo de la Intendencia de Control de Concentraciones y la Intendencia de Abogacía de la Competencia. En todos los casos la Superintendencia tiene la facultad de solicitar la documentación que consideremos pertinente para recabar información que aporte a las investigaciones.

2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley.

El procedimiento administrativo sistematiza principios, normas, órganos e instituciones que rigen el proceso funcional de toda la administración pública, y constituye un capítulo de carácter específico que integra la temática de la justicia administrativa. Hay varias clases de

procedimientos dentro de la administración, pero el que interesa a la justicia administrativa, se refiere a las específicas garantías del administrado en amparo de su derecho.⁷⁸

Los procedimientos administrativos integran el proceso de la administración con el fin de seguridad, orden y eficacia de todo su quehacer. El procedimiento administrativo de la justicia administrativa tiene esos mismos fines pero además tiende a garantizar las relaciones jurídicas del administrado.⁷⁹

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la facultad de sustanciar los procedimientos en sede administrativa, estos se pueden iniciar de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.⁸⁰

Se inicia de oficio por la Superintendencia tras haber tenido conocimiento de las conductas susceptibles de constituir infracción; como consecuencia de los resultados de estudios económicos o del examen permanente de las restricciones conferidas en virtud de la Ley.⁸¹ Por otro lado el procedimiento puede iniciar por otro órgano de la Administración Pública que tuviere conocimiento directo o indirecto de conductas susceptibles de constituir infracción, en este caso debe solicitar a la Superintendencia el inicio de un procedimiento en contra del presunto responsables, para el efecto acompañará toda la información que estime relevante para justificar el inicio del procedimiento.⁸² Y por último por denuncia formulada por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.⁸³

La idea jurídica de proceso puede ser concebida en sentido amplio, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de llegar a un acto estatal

⁷⁸ Cfr. Bartolomé A. Fiorini, “*Manual de Derecho Administrativo*”, Buenos Aires – Argentina, Editorial La Ley, 1968, páginas 998 -999

⁷⁹ Id.

⁸⁰ Art. 53 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 13 de octubre de 2011.

⁸¹ Art. 55 Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 13 de octubre de 2011.

⁸² Ibid. Art. 56

⁸³ Ibid. Art. 57

determinado, destacando entonces en el concepto la unidad de los actos que constituyen el proceso, es decir, que éstos se caracterizan por estar encaminados en su conjunto a un determinado fin.⁸⁴

En todos los casos, el procedimiento de investigación y sanción es sustanciado por el “órgano de investigación” hasta la emisión del informe final y el expediente. Desde ese momento es sustanciado por el “órgano de sustanciación y resolución”, hasta la resolución del procedimiento.⁸⁵

El órgano de sustanciación de la Superintendencia, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas como:

- Ordenar el cese de la conducta.
- Imponer condiciones.
- Suspender los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida
- Adoptar comportamientos positivos.

También puede disponer aquellas medidas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no pueden consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo y deben ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.⁸⁶

3. Determinar el volumen de negocios según lo estipulado en la presente Ley.

⁸⁴ Cfr. Gordillo Agustín, “*El Procedimiento Administrativo*”, Internet.
http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03 -capitulo1.pdf, acceso, 28-08-20114

⁸⁵ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit. Art. 58

⁸⁶ Ibid. Art. 62

Se entiende por volumen de negocios total de uno o varios operadores económicos, la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio. La Superintendencia mediante la normativa pertinente es quien determina el volumen de negocios.⁸⁷

Según el diccionario e-conomic, volumen de negocio es el total de ingresos recibidos por la realización de todas las transacciones económicas realizadas durante un periodo de tiempo específico.⁸⁸

En el caso de las instituciones del sistema financiero privado y público, y otras entidades financieras y del mercado de valores, el volumen de negocios es calculado en base a la suma de los siguientes rubros, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio:

- Valor de los activos financieros;
- Intereses y descuentos ganados;
- Comisiones ganadas e ingresos por servicios;
- Utilidades financieras; y,
- Otros ingresos operacionales y no operacionales.

En el caso de las entidades de seguro y reaseguro, el volumen de negocios está conformado por el valor de las primas brutas emitidas que comprendan todos los importes cobrados y pendientes de cobro en concepto de contratos de seguro establecidos por dichas compañías o por cuenta de las mismas, incluyendo las primas cedidas a las reaseguradoras, previa deducción de los impuestos directamente relacionados con dichos ingresos.⁸⁹

⁸⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit. Art. 6

⁸⁹ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit. Art. 5

4. Celebrar audiencias con los presuntos responsables, denunciantes, perjudicados, testigos y peritos, recibirles declaración y ordenar careos, para lo cual podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública.

Siguiendo el procedimiento explicado en el numeral 2, una vez que el órgano de sustanciación y resolución recibió el informe final correrá traslado con el mismo a las partes en el término de tres días, o si lo estimare conveniente, ordenará que se convoque a audiencia pública señalando el día y hora de la misma. En esta audiencia los interesados pueden alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Así, una vez que se ha corrido traslado a las partes con el informe final o una vez efectuada la audiencia pública, el órgano de sustanciación y resolución, debe dictar su resolución debidamente motivada en un plazo máximo de noventa días.⁹⁰

5. Examinar y realizar los peritajes que estime necesarios sobre libros, documentos y demás elementos necesarios para la investigación, controlar existencias, comprobar orígenes y costos de materias primas u otros bienes, de conformidad con esta ley.

La Superintendencia, por su naturaleza de organismo técnico de control, tiene la facultad de realizar exámenes especiales sobre todos los elementos que considere necesarios que contribuyan con un proceso de investigación, desarrollado en el numeral 1, de esta manera puede alcanzar todos los elementos de juicio para emitir un criterio o iniciar una acción conforme lo manda la Ley.

6. Realizar inspecciones, formular preguntas y requerir cualquier información que estime pertinente a la investigación.

En el mismo sentido que se desarrolla el numeral anterior, la Superintendencia tiene la facultad de realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los establecimientos, locales o inmuebles de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada, correspondencia

⁹⁰ Ibid. Art. 71

comercial y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y podrá receptar las declaraciones voluntarias de las personas que en ellos se encuentren.⁹¹

En el acto de la inspección los funcionarios de la Superintendencia pueden tomar y recuperar copia de los archivos físicos, virtuales, magnéticos o cualquier documento e información que se estime pertinente. También pueden tomar las fotografías o filmaciones que se crean necesarias. Cualquier otra información no relevante o ajena a la investigación, será mantenida hasta su devolución, con estricta reserva por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus funcionarios, siendo por tanto responsables del sigilo en que debe mantenerse en observancia del derecho a la intimidad de las personas.⁹²

De ser necesario el descerrajamiento en el caso de locales o establecimientos que estuvieren cerrados, se deberá contar con autorización judicial. Asimismo cuando el lugar donde se realice la inspección sea el domicilio de una persona natural, la Superintendencia debe requerir la misma autorización, en los términos previstos en la Ley. Es importante anotar que todas las acciones se deben ejercer en el marco de la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos.⁹³

7. Colocar precintos en aquellos lugares que estime pertinente con el objeto de precautelar la conservación de evidencia.

Siguiendo la idea de investigación, procedimientos administrativos, peritajes e inspecciones, la Superintendencia tiene la facultad de colocar precintos donde considere necesario, con la finalidad de garantizar la veracidad y la preservación de elementos que puedan contribuir con su ejercicio de control. Entendemos por precinto, conforme al diccionario de la Real Academia Española, a la ligadura o señal sellada con que se cierran cajones, baúles, fardos, paquetes, legajos, puertas, cajas fuertes, etc., con el fin de que no se abran sino cuando y por quien corresponda legalmente.⁹⁴

⁹¹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit. Art. 49

⁹² Id.

⁹³ Id.

⁹⁴ Definición de la Real Academia Española, Internet. <http://lema.rae.es/drae/?val=precintos+>, Acceso: 23/03/2014

8. Aplicar las sanciones establecidas en la presente Ley.

La potestad sancionadora de la administración se desenvuelve dentro de ámbito de los más disímiles hechos, actos y actividades complejas de los particulares y de la misma administración. Está dirigida a reprimir aquellas conductas transgresoras de la normativa propia de la administración y está sujeta, por lo demás, a las limitaciones constitucionales y legales que se establecen en la Carta Fundamental, y en las disposiciones que la regulan.⁹⁵

No puede concebirse un Estado intervencionista sin un sistema intimidatorio que haga valer su esquema proteccionista. La acción del Estado se encuentra involucrada en todos los niveles y a medida que se amplía la cobertura intervencionista y se extiende el ilícito administrativo, se expande aún más el imperio sancionatorio.⁹⁶

Como fue indicado en el numeral 4, dentro de un proceso administrativo, una vez que se ha corrido traslado a las partes con el informe final o una vez efectuada la audiencia pública, el órgano de sustanciación y resolución, debe dictar su resolución, en esta podrá incluir una sanción si se ha llegado a determinar que se ha cometido una infracción.

Son sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en el artículo 78 de la Ley. Estas se dividen en leves, graves y muy graves encontrándose enumeradas taxativamente cada una de ellas en el artículo mencionado.

La Superintendencia puede imponer las siguientes sanciones:

- Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

⁹⁵ Cfr. Jaime Ossa Arbeláez, *“Derecho Administrativo Sancionador Una Aproximación Dogmática”*, Colombia, Editorial Legis, 2009, p. 125.

⁹⁶ Id.

- Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

Adicional a esto, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, la superintendencia puede imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención de cada uno.

Por otro lado, en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios mencionado en líneas anteriores, las infracciones tipificadas serán sancionadas en los términos siguientes:

- Las infracciones leves con multa entre 50 a 2.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.
- Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.
- Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.

De la misma manera la Ley establece criterios para determinar el importe de las sanciones, así como un listado de agravantes y atenuantes que contribuyen para fijar la sanción.

Las infracciones graves y muy graves se pueden juzgar independientemente de que constituyan conductas tipificadas y sancionadas en la Ley Penal y ser objeto de la correspondiente acción por parte de la Función Judicial.⁹⁷

⁹⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit. Art. 79.

9. Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante.

La superintendencia, en ejercicio de sus funciones, o por cualquier otro medio puede detectar que alguna norma, que rige dentro de nuestra legislación, estaría en la posibilidad de atentar contra la correcta competencia y en este sentido dar cabida para que un operador económico amparado por la mencionada normativa, cometa una infracción o actúe en contra de la Ley Orgánica de regulación y control del Poder de Mercado.

Cuando esto sucede, la Superintendencia tiene la facultad de emitir un criterio, sin que este sea vinculante, en el cual se identifica la norma en cuestión y se explica de qué manera está contribuyendo para una violación o presunta violación de la Ley, el criterio debe ser enviado ante el organismo público competente, en función de la norma a la que se refiere, para que este a través de su gestión interna realice las correcciones necesarias. Así por ejemplo, si se tratare de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario la norma que se subsume en lo descrito, el criterio debe ser dirigido ante la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

10. Emitir los informes requeridos y conocer de las notificaciones previas de conformidad con esta Ley.

En la doctrina, Octavio Fernández define a los informes o dictámenes como el trámite de la fase de instrucción de un procedimiento administrativo por el que un funcionario público manifiesta su parecer jurídico o técnico sobre la conformidad con el ordenamiento jurídico de un expediente administrativo y formula propuesta de resolución al órgano competente para resolver dicho expediente.⁹⁸

Por su parte, Rafael Cuesta los aborda como pareceres que emiten autoridades, funcionarios u organismos distintos de aquellos a quienes corresponden dictar la resolución o propuesta de resolución, respecto de las pretensiones, los hechos o los derechos que sean objeto del

⁹⁸ Cfr. Octavio Manuel Fernández Hernández, “La Emisión de Informes en el Proceso Administrativo Local”, Granada, Revista CEMCI, 2013, p. 2

expediente y sirvan para proporcionar los elementos de juicio necesarios para la adecuada resolución.⁹⁹

Bajo este contexto la Ley, en su contenido, dispone que la Superintendencia debe emitir informes motivados respecto a varios asuntos, mediante los cuales dispone o sugiere, así por ejemplo, conforme al artículo 31 de la Ley, si la Superintendencia comprueba que una ayuda pública otorgada por el Estado o mediante recursos públicos no cumple con el fin para el cual se otorgó, se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la Ley, mediante informe motivado, instará y promoverá su supresión. O, según el artículo 40 del mismo cuerpo legal, la Superintendencia puede dirigir informe motivado a la autoridad nacional o internacional respectiva, sugiriendo y recomendando la adopción de medidas correctivas, en relación con los actos u omisiones administrativas que afecten la libre concurrencia de los operadores económicos a los mercados nacionales o internacionales.

Respecto a las notificaciones previas, la Ley dispone casos que se encuentran sometidos a este procedimiento, por ejemplo cuando un operador económico está involucrado en operaciones de concentración, siempre que cumplan una serie de circunstancias determinadas en la misma Ley. En este sentido la Superintendencia, por mandato legal tiene la obligación de conocer tales notificaciones y mediante resolución motivada debe pronunciarse.

11. Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados.

La Superintendencia, con base en estudios de mercado e investigaciones puede detectar que en el mercado se desarrolla una posible conducta que atente contra la correcta competencia, en este sentido, tiene la atribución de emitir recomendaciones, ya sean de carácter general o sectorial para que de manera preventiva, se eviten esta clase de prácticas. Este documento tiene la denominación de “Recomendación”, debidamente individualizado con número y fecha y suscrito por el Superintendente, inicia con las consideraciones que motivaron la realización de tal documento y concluye con la recomendación concreta. Así por ejemplo, si se determina que existe algún tipo de práctica desleal, la Superintendencia, con

⁹⁹ Cfr. Rafael Entrena Cuesta, “Curso de Derecho Administrativo 1/1”, Madrid, Editorial Tecnos, 2009, p. 147

fundamento en la normativa pertinente y advirtiéndolo de las infracciones en que se incurriría, recomienda que se la suspenda.¹⁰⁰

12. Actuar en coordinación con las dependencias competentes en la negociación de tratados, acuerdos o convenios internacionales en materia de regulación o políticas de competencia y libre concurrencia.

La Superintendencia tiene la atribución de realizar acuerdos o convenios internacionales, en materias que necesita desarrollar, para esto debe coordinar con las dependencias competentes del Estado a fin de que se desarrolle una negociación adecuada. De esta manera, el Superintendente, representante de la Superintendencia puede suscribir en las condiciones que se acuerden, los convenios que fortalezcan el crecimiento institucional. Por ejemplo, tomando en cuenta la necesidad de asistencia técnica, formación de funcionarios, análisis de jurisprudencia y doctrina existente en materia de defensa de la competencia, y buscando establecer un sistema de colaboración, la Superintendencia de Control de Poder del Mercado, suscribió un convenio de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia de España, para cooperación técnica entre ambas autoridades.¹⁰¹

En este convenio se ventilan temas como prácticas de funcionarios de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la Comisión Nacional de la Competencia, celebración de cursos, talleres, seminarios y otras formas de cooperación.¹⁰²

13. Requerir a las instituciones públicas que considere necesario, la implementación de acciones adecuadas para garantizar la plena y efectiva aplicación de la presente Ley.

Esta atribución se desarrolla exactamente en el mismo sentido que la contenida en el numeral 9 ya desarrollado. La Superintendencia puede requerir a cualquier institución pública que realice determinadas acciones con la finalidad de garantizar la aplicación de la Ley Orgánica de Control del Poder de mercado.

¹⁰⁰ Recomendación No. SCPM-DS-003-2013, Gaceta de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, agosto 2014, pp. 14-17

¹⁰¹ Convenio de Colaboración entre la Comisión Nacional de la Competencia (España) y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para la Cooperación Técnica entre Ambas Autoridades, Madrid 2 de abril de 2013, Internet: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/Convenio-EC-ESP.pdf>, acceso 23/03/2013

¹⁰² Id.

14. Promover y formular acciones ante la Justicia; e informar y solicitar la intervención del Fiscal General del Estado, cuando el caso lo amerite.

Si la Superintendencia, en el ejercicio de sus funciones encuentra indicios de responsabilidad penal, debe notificar y enviar una copia del expediente a la Fiscalía General del Estado, para que se inicien las investigaciones y acciones correspondientes, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan imponerse en virtud de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

15. Acceder a los lugares objeto de inspección con el consentimiento de los ocupantes o mediante orden judicial cuando se trate del domicilio de una persona natural, la que será solicitada ante el juez competente, quien deberá resolver en el plazo de 24 horas.

Esta atribución va de la mano con lo indicado en el numeral 6 respecto de las inspecciones, tema que ya fue desarrollado.

16. Suscribir convenios con gobiernos autónomos descentralizados para la habilitación de oficinas receptoras de denuncias.

La descentralización administrativa tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico confiere atribuciones administrativas o competencias públicas en forma regular y permanente a entidades dotadas de personalidad jurídica, que actúan en nombre y por cuenta propios, bajo el control del Poder Ejecutivo. Las entidades descentralizadas están sujetas al control administrativo institucional.¹⁰³

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 238, señala que los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana, aclara que en ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional. Asimismo indica que constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los

¹⁰³ Cfr. Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires – Madrid – México, Editorial de ciencia y Cultura Ciudad Argentina, 2006, p. 717

concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.¹⁰⁴

Con la finalidad de descentralizar la actividad en la matriz de la Superintendencia, que se encuentra en Quito, la Ley reconoce la atribución de realizar convenios con gobiernos autónomos descentralizados para colocar oficinas que recepcionen denuncias, estos convenios deben responder a la cantidad de demanda por parte de la ciudadanía. Hasta la fecha, no se encuentra publicado en la página web institucional ningún convenio que se haya realizado para el efecto.

17. Suscribir convenios con asociaciones de usuarios y consumidores para la promoción de la participación de la comunidad en el fomento de la competencia y la transparencia de los mercados.

Esta atribución le da a la Superintendencia la posibilidad de suscribir convenios estratégicos que le permitan socializar la cultura de la correcta competencia, para realizarlos debe haber una conversación previa en la que se acuerden los puntos objeto del convenio, se realiza una alianza y se procede a sentarlo en un documento. Por parte de la Superintendencia comparece el Superintendente y por el otro lado el máximo representante del organismo que participe en el convenio, se especifica las funciones que desempeña cada uno y el motivo por el cual se reunieron. De este modo acuerdan lo que consideren pertinente, así tenemos por ejemplo el Convenio Marco entre la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y la Universidad de Cuenca en el cual, por una parte la superintendencia se compromete a apoyar mediante el aporte permanente de información y apoyo institucional, mientras que la Universidad se compromete a la realización de estudios y proyectos de investigación en temas de interés común.¹⁰⁵

18. Examinar e investigar las concentraciones económicas para confirmar su cumplimiento con la presente Ley; y, cuando sean prohibidas, dictar las medidas que legalmente correspondan.

¹⁰⁴ Art. 238 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, de 20 de Octubre de 2008

¹⁰⁵ Convenio Marco ente la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y la Universidad de Cuenca, 22 de enero de 2014, Internet. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/01/CONVENIO-ENTRE-SCPM-Y-UNIVERSIDAD-DE-CUENCA.pdf>, Acceso: 29/03/2014.

Lillian Arrieta define concentración económica, tanto los supuestos en los que se lleva a cabo una fusión material y jurídica de los agentes económicos, como los casos en los cuales esta combinación se materializa a través de la adquisición del control de un agente económico por otro, siempre y cuando se parta de operadores independientes.¹⁰⁶

La Superintendencia, dentro de sus atribuciones tiene la facultad de examinar e investigar las concentraciones económicas, función de vital importancia en el control que debe ejercer este organismo encargado de velar por la correcta competencia. Para efectos de la Ley, se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos como:

- La fusión entre empresas u operadores económicos.
- La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.
- La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.
- La vinculación mediante administración común.
- Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.¹⁰⁷

La inclusión de un régimen de control de concentraciones a través de un sistema de notificación previa, responde a la tendencia observada en una gran mayoría de sistemas, donde se ha optado por incluir un mecanismo que contribuya a prevenir la formación de

¹⁰⁶ Cfr. Lillian Virginia Arrieta, Control de las “*Concentraciones Económicas en El Salvador*”, Internet. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/1Arrieta25-76.pdf, Acceso 28/08/2014

¹⁰⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit. Art. 14.

estructuras de mercado, en las que el aumento del tamaño o la reducción del número de agentes, puede restringir la competencia a través de efectos unilaterales o coordinados.¹⁰⁸

Para la Superintendencia existen dos casos de concentraciones económicas, las que requieren notificación previa y las que no, las que están obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación son examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas. En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia puede denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo.¹⁰⁹

Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:

- Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación.
- En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.¹¹⁰

En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplen con cualquiera de las dos condiciones señaladas, no requieren autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin embargo, ésta puede solicitar de oficio o a petición de

¹⁰⁸ LilianVirginia Arrieta (2009) Op. Cit.

¹⁰⁹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit. Art. 15

¹¹⁰ Ibid. Art. 16.

parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración que la notifiquen en los mismos términos.¹¹¹

Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa, deben ser notificadas para su examen previo en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades descritas. La notificación debe constar por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los operadores económicos o empresas involucradas, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida. La notificación debe ser realizada por el absorbente, el que adquiere el control de la compañía o los que pretendan llevar a cabo la concentración.¹¹²

Según el artículo 29 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, existe una tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, la gestión de la tasa se lleva a cabo por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y constituye el hecho imponible de la tasa la realización del análisis de las concentraciones sujetas a control.

La tasa referida corresponde al valor más alto resultante entre las siguientes variables:

- 0,25% del Impuesto a la Renta
- 0,005% Nivel de Ventas
- 0,010% del Nivel de Activos
- 0,05% del Patrimonio.

Así por ejemplo si existe una operación de concentración económica entre dos operadores, en la cual la empresa “A” es la parte adquiriente y “Z” es la parte adquirida, el pago de la tasa se realiza en función de las variables de la empresa Z. En este sentido, para saber cuál es la tasa a pagar se realiza el siguiente cálculo:

¹¹¹ Id.

¹¹² Id.

Datos empresa “Z”:

- Impuesto a la renta: USD 613.200
- Nivel de Ventas: USD 55’060.000
- Nivel de Activos: USD 6’200.000
- Patrimonio: USD 1’960.000

1. 0,25% del Impuesto a la Renta de la empresa Z = $(\text{USD } 613.200 * 0,25\%) = \text{USD } 1.533$
2. 0,005% Nivel de Ventas de la empresa Z = $(\text{USD } 55'060.000 * 0,005\%) = \text{USD } 2.753$
3. 0,010% del Nivel de Activos de la empresa Z = $(\text{USD } 6'200.000 * 0,010\%) = \text{USD } 620$
4. 0,05% del Patrimonio de la empresa Z = $(\text{USD } 1'960.000 * 0,05\%) = \text{USD } 980$

El monto a pagar por concepto de “tasa por análisis y estudio de operaciones de concentración” sería la opción 2, ya que es el valor más alto entre las variables analizadas; en este sentido, la tasa ascendería a USD 2.753 dólares.

19. Autorizar, denegar o condicionar las solicitudes de concentración económica de conformidad a esta Ley y su reglamento.

Siguiendo lo analizado en el numeral anterior, en todos los casos de concentración económica sometidos al procedimiento de notificación previa, la Superintendencia, por resolución motivada, debe decidir dentro del término de sesenta días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva autorizar la operación; subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o denegar la autorización.¹¹³

¹¹³ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit. Art. 25

A efectos de emitir la decisión correspondiente, la superintendencia analiza los siguientes criterios:

- 1.- El estado de situación de la competencia en el mercado relevante;
- 2.- El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores;
- 3.- La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura así como los actuales o potenciales competidores;
- 4.- La circunstancia de si a partir de la concentración, se genere o fortalezca el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia;
- 5.- La contribución que la concentración pudiere aportar a:
 - a) La mejora de los sistemas de producción o comercialización;
 - b) El fomento del avance tecnológico o económico del país;
 - c) La competitividad de la industria nacional en el mercado internacional siempre y cuando no tenga una afectación significativa al bienestar económico de los consumidores nacionales;
 - d) El bienestar de los consumidores nacionales;
 - e) Si tal aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia; y,
 - f) La diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.¹¹⁴

20. Atender las consultas y resolver los reclamos que se formulen respecto de operadores económicos cuya actuación pudiere atentar contra esta Ley.

La Superintendencia tiene la atribución y obligación de atender consultas y resolver reclamos. Cualquier persona u operador económico puede ingresar un oficio dirigido al

¹¹⁴ Ibid. Art. 22

Superintendente, en el cual pregunten temas referentes a operaciones económicas, respecto a actuaciones q puedan estar violando la Ley, o en general temas de aplicación o interpretación de la normativa cuando sea pertinente.

La consulta debe estar acompañada de una descripción de la conducta e identificación del operador u operadores económicos que intervienen, y toda la información necesaria para el análisis pertinente.

Asimismo se puede presentar reclamos, informando que algún operador económico a través de sus actuaciones puede estar atentando contra la Ley. Si la información suministrada es considerada insuficiente, el Superintendente puede requerir a las partes para que aporten la información adicional, con indicación de que, si no lo hacen, se les tendrá por desistidos de su consulta.

Ante el conocimiento de la posible existencia de una infracción, el Superintendente instruirá al órgano de investigación para que realice actuaciones previas con el fin de determinar si concurren las circunstancias que ameriten el inicio de un procedimiento de investigación y sanción, de ser ese el caso, la Superintendencia procederá de conformidad con la Ley.

En cualquiera de los casos se responde en el término de noventa días a la persona que ingresó el oficio con lo pertinente y tendrá carácter vinculante para el consultante.

21. Promover medidas de control tendientes a la eliminación de barreras a la libre concurrencia al mercado, de acuerdo con los lineamientos fijados por la ley.

Las barreras suponen un grado de dificultad para la empresa que quiere acceder a un determinado sector; las barreras de entrada son obstáculos que dificultan la entrada de posibles productores en un mercado, estas pueden ser de carácter legal, social, tributarias arancelarias, etc. Por otro lado las barreras de salida son un conjunto de situaciones que hacen que una empresa no pueda abandonar el sector en que actúa sin incurrir en altos costos, estas pueden ser regulaciones laborales, activos de difícil reconversión, compromisos contractuales entre otras. En aplicación de las atribuciones que se están desarrollando, la superintendencia debe buscar eliminarlas.

22. Disponer la suspensión de las prácticas y conductas prohibidas por esta Ley.

La Superintendencia puede dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, suspender una conducta contraria a la presente Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente. Las medidas correctivas pueden consistir, entre otras, en:

- El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos.
- La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos.
- La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.¹¹⁵

De esta manera, la Superintendencia notificará al operador económico que hubiere incurrido, o pueda incurrir en conductas contrarias a la presente Ley, señalará cuáles son dichas conductas e impondrá las medidas correctivas que juzgue pertinentes. El operador económico tiene un término de setenta y dos horas para presentar el descargo del que se creyera asistido, o acoger las medidas correctivas.¹¹⁶

23. Establecer y mantener un registro actualizado de los operadores económicos y su participación en los mercados.

La Superintendencia tiene la atribución de llevar un registro actualizado de los operadores económicos ya que son estos los principales sujetos del control que ejerce, sin embargo a lo largo de la investigación no se ha podido determinar cómo se cumple esta disposición legal.

24. Proponer la remoción de barreras, normativas o de hecho, de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores económicos.

Esta atribución es concordante con lo desarrollado en los numerales 9 y 13, la Superintendencia puede, con la finalidad de fomentar la entrada a los mercados, proponer la

¹¹⁵ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit. Art. 73

¹¹⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit. Art. 75

remoción de estas barreras, el procedimiento se realiza en el mismo sentido que lo dicho en los numerales mencionados.

25. Presentar propuestas técnicamente justificadas a los órganos competentes, para la regulación y el establecimiento de actos normativos aplicables a los distintos sectores económicos.

Esta atribución se maneja exactamente igual a la contenida en el numeral 13, es así que se sigue el mismo procedimiento para presentar propuestas a los órganos que corresponda, con la finalidad de optimizar su regulación.

26. Apoyar y asesorar a las autoridades de la administración pública en todos los niveles de gobierno, para que en el cumplimiento de sus atribuciones, promuevan y defiendan la competencia de los operadores económicos en los diferentes mercados.

Dentro de cualquier acto administrativo, la Superintendencia puede apoyar y asesorar a las instituciones públicas para que promuevan y defiendan la correcta competencia. Así por ejemplo en una recomendación, luego de tratar el tema principal para la que fue emitida, se pueden contemplar artículos en los que la Superintendencia solicita o invita a determinada institución a adoptar medidas tendientes a defenderla.

27. Proponer y dar seguimiento, a la simplificación de trámites administrativos con la finalidad de promover la libre concurrencia de los operadores económicos en igual de condiciones a los diferentes mercados.

En todos los casos que se han tratado, cuando supongan un trámite administrativo, la Superintendencia tiene la obligación de buscar el camino más corto para procurar la libre y correcta concurrencia de los operadores económicos en los mercados. El ejemplo más claro que contempla la Ley, en función de esta atribución es la posibilidad del compromiso de cese. Este opera en medio de un trámite en donde antes de la resolución de la Superintendencia, el operador económico investigado, relacionado o denunciado puede presentar una propuesta de compromiso por medio del cual se obliga a cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que haya producido, en el mercado relevante y en los consumidores.¹¹⁷

¹¹⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, op. Cit. Art. 89

28. Promover el estudio y la investigación en materia de competencia y su divulgación.

Esta atribución está estrictamente relacionada con la abogacía de la competencia. La Superintendencia comparte la predisposición de incentivar y educar a las personas para alcanzar efectivamente una correcta competencia. Para esto se creó la Intendencia de Abogacía de la Competencia, órgano especializado en la materia. En este campo la Superintendencia ha realizado un sin número de seminarios nacionales e internacionales, cuyos contenidos se encuentran cargados en la página web institucional.

Asimismo se realizan convenios con universidades en donde se dan conversatorios y se explica a los estudiantes todo lo relevante respecto de la competencia, esto se puede evidenciar en el convenio mantenido con la Universidad de Cuenca, tratado en el numeral 17.

29. Coordinar las acciones que fueren necesarias y suscribir convenios de cooperación con entidades públicas y privadas, a fin de promover la libre concurrencia de los operadores económicos a los diferentes mercados.

Esta atribución se maneja en el mismo que sentido que lo desarrollado en el numeral 17, la Superintendencia tiene que realizar todos los esfuerzos para generar convenios con otras organizaciones y así impulsar la libre concurrencia de los operadores económicos en los mercados. En este sentido se han suscrito ya varios convenios, tanto nacionales como internacionales, con instituciones como el Consejo Nacional de la Judicatura, el Ministerio de Turismo, Universidad de Guayaquil, la Comisión Nacional de la Competencia España, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la República de Chile, por nombrar algunos.

30. Elaborar y promulgar su reglamento interno;

Jurídicamente, los reglamentos internos son actos administrativos. Se caracterizan porque como tales, no emanan del Órgano Legislativo sino que del poder administrativo del Estado. Tanto el fundamento y origen como el campo de acción de la potestad

reglamentaria, deben estar íntimamente vinculados con las disposiciones constitucionales que norman la vida institucional de cada Estado.¹¹⁸

Un reglamento es un acto unilateral de la administración que contiene normas jurídicas generales, el reglamento interno tiene por finalidad dar instrucciones a los agentes administrativos acerca de cómo deben ejercer su función.¹¹⁹

La facultad de dictar un reglamento interno está implícita en la facultad constitucional que tiene el Poder ejecutivo de regir la administración. El ejercicio de la función administrativa, en efecto, no puede ser guiado únicamente por órdenes individuales a los agentes estatales: es necesario que se den a los agentes administrativos los lineamientos generales a los cuales deben sujetar su actividad.¹²⁰

Al respecto, mediante Resolución No. SCPM-DS-2012-001, de 28 de septiembre de 2012, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado expidió el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de mercado, por lo que conforme a la doctrina, esta atribución fue ejecutada satisfactoriamente.

31. Las demás contempladas en la ley.

A lo largo del cuerpo legal se encuentran varias disposiciones que pueden ser entendidas como atribuciones de la Superintendencia, en este sentido se debe buscar siempre el mecanismo para ejercer un positivo cumplimiento.

¹¹⁸ Cfr. Enrique Silva Simma, “*Derecho Administrativo Chileno y Comparado*”, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1954, p. 140

¹¹⁹ Cfr. Agustín Gordillo, “Fuentes del derecho Administrativo”, Internet http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo5.pdf, acceso 06/09/2014, página IADA-V-7

¹²⁰ Id.

CAPÍTULO III

CONTROL DEL PODER DE MERCADO EN EL DERECHO COMPARADO

3.1. Análisis de la situación en Colombia

La ley de Competencia de Colombia es una de las más antiguas de Latinoamérica. Se trataba de una ley muy exhaustiva que incluía el modelo legal básico que se aplica a los casos de conducta de acuerdos y abuso de posición dominante, y un sistema de revisión previa de fusiones y adquisiciones. Sin embargo, los reglamentos de implementación emitidos posteriormente no bastaron para aplicar la ley de manera eficaz y rara vez se aplicaron con el propósito de conservar la competencia, sino como la base legal para la aplicación de controles de precios.¹²¹

Desde principios de la década de los 90, esta situación ha cambiado enormemente, debido a la introducción de una política de liberalización económica, la adopción de una nueva constitución que establecía la libre competencia como un derecho constitucional y la promulgación del decreto 2153 (decreto 1992), que ampliaron los tipos de conducta sujetos a la ley de competencia y perfeccionaron las normas legales que se aplican a esa conducta.¹²²

En 2004 se realizó una segunda reforma, centrada en la renovación del sistema de protección de competencia para mejorar así la inversión y el clima empresarial del país. El resultado fue la promulgación de importantes correcciones de la ley de competencia,

¹²¹ Cfr. Diego Petrecolla, *“Derecho y Política de la Competencia en Colombia”*, Bogota, Inter América Development Bank, Examen Inter-pass, 2009, p. 17.

¹²² Id.

aprobadas por el congreso en junio de 2009 y sancionadas el 24 de julio por el Presidente.¹²³ Dos de sus principales efectos son el establecimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) como única autoridad para la aplicación de las normas de competencia en todos los sectores y un aumento sustancial de las multas aplicables.¹²⁴

En efecto la Ley No. 1340 de 24 de julio de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de la protección de la competencia, en su artículo primero dicta que tiene por objeto actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.¹²⁵

Asimismo el artículo 6 de la Ley mencionada, asigna la autoridad nacional de protección de la Competencia, indicando que la Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.¹²⁶ Antes de la reforma de 2009, la aplicación de la legislación de competencia estaba dispersa entre varios organismos reguladores sectoriales, en vez de concentrarse en la SIC.¹²⁷

Una de las particularidades de la legislación antimonopolio de Colombia es que no realiza distinción entre los acuerdos horizontales y los verticales. La norma básica que establece la prohibición respecto de la celebración de acuerdos anticompetitivos es el Artículo 1 de la Ley 155/59, el mismo que dice: “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y

¹²³ Ley 1340/09 Colombia

¹²⁴ Diego Petrecolla, (2009), Op. Cit. pp. 39-43

¹²⁵ Ley 1340/09 Colombia, Op. Cit. Art. 1

¹²⁶ Ley 1340/09 Colombia, Op. Cit. Art. 6

¹²⁷ Diego Petrecolla, (2009), Op. Cit. pp. 39-43

en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas que tiendan a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”¹²⁸

Es importante señalar que en esta fórmula, las conductas se penalizarían por su intencionalidad anticompetitiva antes que por sus efectos reales en el mercado. Esta fórmula fue ampliada en el decreto de 1992, con arreglo al cual los acuerdos pueden ser contrarios a la libre competencia, tanto por su objeto como por sus efectos.¹²⁹

Es decir, la prohibición del decreto de 1992 de los carteles que tienen como objetivo o efecto la fijación de precios, la repartición de mercados, la subordinación del suministro a la aceptación de obligaciones adicionales, no sólo convierte en ilegal la tentativa de prácticas restrictivas, sino que también penaliza la conducta por su efecto anticompetitivo, independientemente del motivo o interés que subyazca tras esa conducta.¹³⁰

La Superintendencia de Industria y Comercio ha advertido que en el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentran consignados los supuestos de los sistemas de las conductas per se anticompetitivas, así como tampoco el de la regla de la razón; no obstante, doctrinarios del derecho de la competencia, desarrollan análisis tendientes a equipararlos, representarlos, o justificar su aplicación en el ordenamiento, en figuras propias, tales como la presunción de derecho y la presunción de hecho.¹³¹

en casos poco significativos, la SIC sólo dará trámite a aquellas reclamaciones por violaciones a la ley de competencia que sean “significativas” o “importantes”. Esto se aplica para los casos en los que no existe un impacto significativo en la competencia o el mercado, debido, por ejemplo, a reducidas cuotas de mercado.¹³²

¹²⁸ Id.

¹²⁹ Id.

¹³⁰ Id.

¹³¹ Cfr. Javier Cortázar Mora, Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios), Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2011, p. 52

¹³² Id.

3.1.1. La Superintendencia de Industria y Comercio

Las funciones de la SIC como autoridad de aplicación del régimen de defensa de la competencia son:

- Vigilar el cumplimiento de la ley.
- Investigar las infracciones.
- Asesorar al Gobierno para la formulación de políticas de competencia.
- Autorizar las fusiones y adquisiciones.¹³³

La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de competencia en Colombia, es un organismo con personería jurídica y presupuesto propio, de carácter técnico y adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestaria, conjuga funciones de investigación y poderes adjudicativos, además tiene facultades de inspección, vigilancia y control atribuidas por la ley. En concordancia con su autonomía administrativa, financiera y presupuestaria, la SIC emite sus resoluciones sin que medien instrucciones de un órgano superior y sus resoluciones sólo son revisables en sede judicial, ante la jurisdicción contencioso administrativa.¹³⁴

La SIC no se dedica exclusivamente a la aplicación de la ley de competencia. Tanto el Superintendente, que cuenta con la competencia de toma de decisiones, como el Superintendente Delegado desarrollan otras tareas, es así que la SIC también la autoridad de aplicación de otras cuatro políticas económicas clave del régimen económico:

- Legislación de propiedad industrial;
- Supervisión de registros públicos delegados a las cámaras de comercio;
- Protección del consumidor;
- Subsistema nacional de la calidad.

Por ello, la SIC se encuentra conformada por el Superintendente de Industria y Comercio y tres Superintendentes Delegados:

¹³³ Diego Petrecolla, (2009), Op. Cit., pp. 39-43

¹³⁴ Javier Cortázar Mora (2011) Op. Cit. p. 52

- El Superintendente delegado para la Promoción de la Competencia;
- El Superintendente delegado para la Propiedad Intelectual; y
- El Superintendente delegado para la Protección del Consumidor.

La SIC se dedica además de la tarea de aplicar los sistemas de control de precios del gobierno establecidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en circunstancias específicas definidas por ley. Esta competencia se ha usado con moderación y de manera ocasional, aunque en sectores importantes. Se deberían considerar las opciones por medio de las cuales la autoridad con los mayores poderes de investigación y de toma de decisiones podría estar más focalizada en la aplicación de la ley de competencia y ser más independiente del poder ejecutivo.¹³⁵

El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia se dedica a la supervisión de las cámaras de comercio y a la aplicación de la ley de competencia. En relación a esto último, encabeza la División de Promoción de la Competencia, actualmente integrada por un grupo de 20 profesionales y administrativos dedicados exclusivamente a la aplicación de la ley de competencia.¹³⁶

El Decreto 2153/92, otorgó nuevos poderes a la SIC, incluyendo: órdenes de cese de conductas y fijación de multas por infracción de la ley de competencia. Sin embargo, antes de imponer tales remedios el Superintendente debe consultar a un Consejo Asesor en materia de asuntos relacionados con la competencia, conformado por cinco expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y destitución por el Presidente de la República. El Consejo es de carácter consultivo y sus opiniones no son vinculantes para el Superintendente, este puede convocarlo a voluntad para cualquier otro tema de competencia.¹³⁷

La SIC posee dos importantes herramientas de investigación, las facultades para ordenar medidas cautelares y para realizar visitas sorpresa durante la etapa de averiguación preliminar. Estas herramientas no están sujetas a revisión judicial. La nueva ley no resuelve

¹³⁵ Diego Petrecolli, (2009), Op.Cit., pp. 39-43

¹³⁶ Id.

¹³⁷ Id.

este problema. Las visitas sorpresa y medidas cautelares deben estar sujetas a supervisión judicial. Una vez iniciada la investigación formal, la SIC carece de la capacidad de realizar allanamientos, es decir del derecho de entrar a los establecimientos sin solicitar permiso de las empresas. Los allanamientos, no obstante, son una herramienta indispensable para la lucha contra los carteles intrínsecamente nocivos.¹³⁸

Las funciones de la SIC como autoridad de competencia facultada para investigar la existencia de posibles comportamientos anticompetitivos, y si amerita caso ordenar su terminación e imponer multas a los infractores, está limitada para los casos significativos. La definición de significatividad de un caso no es, sin embargo una facultad discrecional del superintendente, que de acuerdo a las regulaciones pertinentes, debe guiarse por los propósitos de las normas antimonopolio establecidas en estas, a saber: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.¹³⁹

Dentro del término otorgado a los investigados para que soliciten las pruebas que quieran hacer valer en la investigación, estos también pueden solicitar la terminación anticipada de la investigación, este procedimiento se denomina “de ofrecimiento de garantías”, estas garantías deben ser suficientes a juicio del superintendente, y que aseguren el compromiso de que la conducta investigada será suspendida o modificada, lo que no implica una confesión o la aceptación de que incurrió en una conducta ilegal. Por su parte, la autoridad no se pronuncia sobre el fondo del asunto y no impone sanciones.¹⁴⁰

Respecto a la intervención de otras entidades públicas de regulación, después de haber recibido la notificación por parte de la SIC, estas tienen la facultad discrecional de emitir un concepto técnico, sin perjuicio de que participen en cualquier estado de la investigación de oficio o por solicitud de la SIC. El concepto de estas entidades no es obligatorio para la SIC, pero si ésta decide apartarse, debe explicar el motivo.¹⁴¹

¹³⁸ Id.

¹³⁹ Javier Cortázar Mora (2011) Op. Cit. p. 52

¹⁴⁰ Id.

¹⁴¹ Id.

La SIC cuenta con autonomía administrativa, con personería legal propia, e independencia administrativa, presupuestaria y financiera. Sin embargo, debido a que el Superintendente es nombrado por el Presidente de la República y puede ser cesado del cargo a su voluntad, la independencia del Superintendente se reduce por la influencia del poder ejecutivo. La posición del Superintendente Delegado de Competencia también está sujeta al nombramiento y cese a voluntad.¹⁴²

3.1.2. Máxima autoridad

La norma establece ciertos requisitos de idoneidad para los cargos de Superintendente o Superintendente Delegado, a saber: para el cargo de Superintendente se requiere título profesional en derecho, administración de empresas, administración pública, economía, ingeniería industrial, comercio exterior o internacional; maestría en áreas relacionadas con las funciones del cargo más sesenta meses de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo o especialización de postgrado en las áreas relacionadas con las funciones del cargo más setenta y dos meses de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo.¹⁴³

Para el cargo de Superintendente Delegado se requiere título profesional en derecho, administración de empresas, administración pública, economía, ingeniería industrial, comercio exterior o internacional, más sesenta meses de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo.¹⁴⁴

3.1.3. Panorama nacional

El sistema interno colombiano cuenta con exenciones y e inmunidades, en cuanto a las primeras encontramos básicamente las exenciones de los acuerdos de investigación y desarrollo, de establecimiento de estándares, siempre y cuando no limiten el ingreso al mercado, y para la utilización de instalaciones comunes. También la posibilidad de las

¹⁴² Id.

¹⁴³ Id.

¹⁴⁴ Id.

exenciones individuales, que le permiten al gobierno autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes de interés para la economía general.¹⁴⁵

Por ejemplo en el sector agrícola la Ley otorgó al Ministerio de Agricultura la facultad de emitir concepto previo y vinculante cuando se trate de la autorización de acuerdos o convenios orientados a estabilizar este sector.¹⁴⁶

Por otra parte el régimen antimonopolio colombiano también establece una serie de inmunidades derivadas de la regulación o relacionadas con esta, bien sectoriales o generales. En el sector financiero por ejemplo, los institutos de salvamento y protección de la confianza y las decisiones relacionadas con su ejecución y cumplimiento adoptadas por la Superintendencia Financiera cuentan con inmunidad antimonopolio no solamente en el terreno de la corrección o represión de las conductas anticompetitivas, sino en el control preventivo de las integraciones.¹⁴⁷

Finalmente tratándose de situaciones externas, la Ley establece que cuando se presenten situaciones externas y ajenas a la voluntad de los productores nacionales, el Estado puede intervenir por medio del ministerio del ramo, mediante la implementación de medidas que compensen o regulen las condiciones de los mercados, garantizando la equidad y la competitividad de la producción nacional.¹⁴⁸

En otras palabras la idea es permitir que los productores nacionales puedan actuar aun anticompetitivamente, debidamente autorizados por medidas ad hoc contra sus competidores extranjeros, cuando se presenten situaciones externas ajenas a la voluntad de los primeros que de todas formas deben tener el poder de afectar o distorsionar la

¹⁴⁵ Javier Cortázar Mora (2011) Op. Cit. p. 54

¹⁴⁶ Id.

¹⁴⁷ Id.

¹⁴⁸ Id.

competencia en el mercado nacional. Sobre este particular se deben tener en cuenta los compromisos adquiridos por Colombia en numerosos tratados comerciales.¹⁴⁹

3.1.4. Abogacía de la competencia

El artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 establece por primera vez en el régimen antimonopolio colombiano una disposición formal, asignándole a la autoridad antimonopolio una función explícita en materia de abogacía de la competencia en la regulación. Prescribe que la SIC tiene la facultad de rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal, que pueden tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados.¹⁵⁰

Además le impone la obligación a las autoridades de regulación de informar a la SIC sobre los proyectos de actos administrativos que pretendan expedir que tengan la posibilidad de afectar la libre competencia, otorgándole la posibilidad de emitir conceptos no obligatorios, los cuales, no obstante, si no son acogidos por la entidad, le imponen a esta el deber de explicar las razones.¹⁵¹

Sin embargo, la Superintendencia ha realizado una limitada serie de acciones como participación en procesos legislativos y de la administración. La elaboración de la normativa general de los sectores económicos regulados es competencia de la autoridad legislativa, reguladora y ejecutiva, es decir el Congreso de la República, Gobierno Nacional y Comisiones de Regulación, principalmente. No obstante, la SIC puede participar en el proceso de formulación de las normas, como parte de la rama ejecutiva, entiéndase Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y con base en el principio de colaboración.¹⁵²

La SIC no ha participado en el diseño de los procesos de privatización y solamente ha sido consultada, de modo no vinculante, con respecto a la regulación de las telecomunicaciones, en el marco de una cooperación exitosa con la Comisión Regulatoria de

¹⁴⁹ Id.

¹⁵⁰ Javier Cortázar Mora (2011) Op. Cit. pp. 52-60

¹⁵¹ Id.

¹⁵² Diego Petrecolla, (2009), Op. Cit. p. 45

Telecomunicaciones. La SIC ha participado en lo relacionado con la autorización de operaciones de integración empresarial, particularmente en el sector energético, distribuidoras eléctricas, productores y distribuidores de gas natural, entre otros.¹⁵³

En lo referente a procesos legislativos que no han involucrado a sectores económicos regulados, la SIC ha presentado comentarios sobre el tema de la promoción y defensa de la competencia, en algunos proyectos de ley.¹⁵⁴

Respecto a la promoción de la cultura de la competencia, la actuación de la autoridad en el campo se ha limitado a la realización de algunos talleres y seminarios, a nivel local e internacional.¹⁵⁵

3.2. Análisis de la situación en Chile

La política antimonopolios de Chile es reconocida a nivel mundial como una de las mejores de América Latina y próxima a alcanzar a los países considerados como ejemplo en materia de competencia. La finalidad que persigue es tan amplia y simple como buscar la eficiencia económica, apuntando a aquellas industrias donde los actores poseen poder de mercado.

Como antecedente es importante señalar que la primera Ley Antimonopolios estuvo contenida en el Título V de la Ley No. 13.305, de 6 de abril de 1959, intitulado “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”.¹⁵⁶ Esta Ley, en síntesis, prohibió y eliminó toda forma de monopolio, derogando, salvo expresas excepciones, las normas legales y reglamentarias a cuyo amparo pudieran haberse constituido; previó y sancionó el delito de monopolio, que definió, en suma, con todo atentado a la libre competencia. Estableció un organismo llamado Comisión, encargado de conocer de todas las situaciones o hechos que puedan dar lugar a la aplicación del Título mencionado; fijó su integración, que sería un ministro de la Excelentísima Corte Suprema, que lo presidía, el

¹⁵³ Id.

¹⁵⁴ Id.

¹⁵⁵ Id.

¹⁵⁶ A partir del artículo 172 de la mencionada Ley.

Superintendente de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio y el Superintendente de Bancos; y, determinó sus atribuciones.¹⁵⁷

En 1963, la Ley No. 15.142, introdujo algunas modificaciones al Título V de la Ley No. 13.305 hasta el término de su vigencia, el mismo que se produjo con la promulgación de la nueva Ley Antimonopolios, el vigente Decreto Ley 211, de 1973.¹⁵⁸

Es así que en Chile, se tiene como norma principal respecto al control del poder de mercado, el Decreto Ley No. 211, de 1973 que, como su artículo primero reza, tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados, en tal virtud dispone que los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta Ley.

En efecto, al examinar la Ley, se advierte de inmediato que no está encaminada, ni única ni principalmente, a la represión del delito de monopolio, y que, por el contrario, tiende a prevenir los hechos o actos de carácter monopólico, y también a corregir los ya producidos sin utilizar necesariamente para esto la represión penal. Esta circunstancia permite la aplicación de la Ley y la acción de los órganos creados por ella a un sinnúmero de casos o hipótesis de atentados o entorpecimientos a la libre competencia.¹⁵⁹

El Decreto Ley mencionado otorga la responsabilidad de dar cumplimiento a las disposiciones que este contiene a dos organismos, en su artículo segundo encontramos que la Ley dispone que corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados.¹⁶⁰

3.2.1. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y máxima autoridad

¹⁵⁷ Gualdo Ortuzar Latapiat, “*La Ley Antimonopolios de Chile: cuatro años de experiencia*”, Inter-American Development Bank, Publications.

¹⁵⁸ Id.

¹⁵⁹ Id.

¹⁶⁰ Id.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un organismo especial e independiente, de carácter colegiado, que se dedica exclusivamente al conocimiento de aquellas materias vinculadas a la libre competencia. La función de este tribunal es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia, quedando siempre sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Fue creado por la Ley N ° 19.911, publicada en el Diario Oficial de Noviembre de 2003, su instalación se concretó el 13 de mayo de 2004.

Su misión es promover y resguardar la Libre Competencia en los mercados, previniendo, corrigiendo o prohibiendo cualquier hecho acto o convención que la impida, restrinja o entorpezca o que tienda a producir esos efectos y sancionando a quienes, individual o colectivamente, atenten contra ella, todo esto, en la esfera de las atribuciones que posee de acuerdo con la ley.

Está conformado por las siguientes personas:

- El presidente, que es un abogado, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes.¹⁶¹
- Cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas.¹⁶²

Asimismo el Tribunal tendrá dos suplentes, un abogado y un licenciado o con posgrado en ciencias económicas. Los integrantes titulares y suplentes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia permanecen seis años en sus cargos, y pueden ser designados por sólo un período sucesivo, siguiendo el mismo procedimiento.

¹⁶¹ Ley 211, Art. 6.- Sólo podrán participar en el concurso quienes tengan una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico, y acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional.

¹⁶² Ley 211, Art. 6.- Dos integrantes, uno de cada área profesional, serán designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público de antecedentes. Los otros dos integrantes, también uno de cada área profesional, serán designados por el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes, una para cada designación, confeccionadas por el Consejo del Banco Central, también mediante concurso público de antecedentes.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene las siguientes atribuciones y deberes, además de las señaladas en la Ley:

- Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la Ley.

Sobre este punto es importante señalar que el Tribunal, de oficio o a petición de parte, puede decretar en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación, y por el plazo que estime conveniente, todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común.

- Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la Ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, puede fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos.
- Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la Ley, las cuales deben considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella.
- Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también dictar de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

En la sentencia definitiva, producto del conocimiento y fallo de las causas que conoce el Tribunal, puede adoptar las siguientes medidas:

- Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la Ley.

- Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos contrarios a las disposiciones de la Ley.
- Aplicar multas que podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo.

Adicionalmente, dentro de sus atribuciones el Tribunal puede aplicar las siguientes medidas y sanciones:

- Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la ley.
- Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos contrarios a la Ley.
- Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales.
- Aplicar las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de hechos, actos o convenciones que juzgue contrarios a la competencia y que puedan disponerse en cada caso.¹⁶³

Las resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, salvo la sentencia definitiva, son susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Por su parte la sentencia definitiva, sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, si impone alguna de las medidas enunciadas, como también si absuelve la aplicación de dichas medidas.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no puede iniciar de oficio un proceso. Esta facultad sólo está radicada en el Fiscal Nacional Económico o en cualquier particular, por medio de los correspondientes requerimientos o demandas.

¹⁶³ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Internet. <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=693&GUID=>, acceso 13/01/2014

3.2.2. La Fiscalía Nacional Económica y máxima autoridad

La Fiscalía Nacional Económica es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Está a cargo de un funcionario denominado Fiscal Nacional Económico, que es nombrado por el Presidente de la República mediante el proceso de selección de altos directivos públicos, le corresponde ejercer tanto la jefatura superior como la representación judicial y extrajudicial del servicio, y durará cuatro años en su cargo, pudiendo renovarse su nombramiento por una sola vez. Quien desee ostentar este cargo debe acreditar título de abogado y diez años de ejercicio profesional o tres años de antigüedad en el servicio.

Esta institución tiene por misión defender y promover la libre competencia actuando en representación del interés público como organismo especializado, para evitar que agentes con poder de mercado atenten individual o conjuntamente contra la libertad económica, procurando así el mayor bienestar general de la sociedad.¹⁶⁴

El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, es independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Además, cuando lo estime necesario, puede asumir, por sí o por delegado, la representación de la Fiscalía en cualquier proceso e intervenir, en cualquier instancia, trámite o actuación determinada ante los tribunales de justicia o autoridades administrativas o municipales, en consecuencia, puede defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones, y serán sus atribuciones y deberes, además de las que señale la Ley, las siguientes:

- Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley. El Fiscal Nacional Económico, con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, podrá disponer que las

¹⁶⁴ Fiscalía Nacional Económica, Internet. <http://www.fne.gob.cl/fne/mision-institucional/>, acceso 13/01/2014

investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservadas.

- Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad. Ante la Corte Suprema, el Fiscal Nacional Económico, por sí o por delegado, puede defender o impugnar los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
- Requerir del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre ejecutando.
- Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere la Ley.
- Emitir los informes que solicite el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los casos en que el Fiscal Nacional Económico no tenga la calidad de parte.
- Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades, o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación, quienes estarán obligados a prestarla, como asimismo, a proporcionar los antecedentes que obren en sus archivos y que el Fiscal Nacional Económico les requiera, aun cuando dichos antecedentes se encuentren calificados como secretos o reservados, de conformidad a la legislación vigente, caso este último en que se requerirá la autorización previa del Tribunal.
- Requerir de cualquier oficina, servicio o entidad referida, que ponga a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o en que le corresponda intervenir. El Fiscal Nacional Económico también puede recabar y ejecutar por medio de los funcionarios que corresponda, el examen de toda documentación, elementos contables y otros que estime necesarios.
- Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique.

- Ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos sobre bienes muebles e inmuebles y sobre cosas corporales o incorporeales que integren el patrimonio del Servicio, incluso aquellos que permitan enajenar y transferir el dominio y transigir respecto de derechos, acciones y obligaciones, sean contractuales o extracontractuales.
- Llamar a declarar, o pedir declaración por escrito, a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones y a toda otra persona que hubiere ejecutado y celebrado con ellas actos y convenciones de cualquier naturaleza, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones.
- Requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos.
- Celebrar convenios o memorándum de entendimiento con otros servicios públicos y universidades, en materias de cooperación recíproca. Asimismo, celebrar convenios con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas.
- Convenir con otros servicios públicos y organismos del Estado la transferencia electrónica de información, que no tenga el carácter de secreta o reservada de acuerdo a la ley, para facilitar el cumplimiento de sus funciones.
- En casos graves y calificados de investigaciones, y previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, solicitar a Carabineros o a la Policía de Investigaciones que procedan a entrar a recintos públicos o privados, allanar, descerrajar; registrar e incautar; autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones; ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.
- Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Ley 211, art. 39

La Fiscalía deberá recibir e investigar, según corresponda, las denuncias que formulen particulares respecto de actos que puedan importar infracción a las normas de la presente Ley.

La función esencial de la Fiscalía Nacional Económica es defender y promover la libre competencia en los mercados. Busca proteger el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, para estos efectos, investiga todo hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir dichos efectos. Combate las prácticas colusorias, los abusos de posición monopólica y analiza las concentraciones que afecten o puedan afectar el funcionamiento eficiente de los mercados y el bienestar del consumidor.

La Fiscalía Nacional Económica lleva a cabo también diversas acciones tendientes a difundir los beneficios de la competencia con el objetivo de crear en el país una verdadera cultura de competencia. Para estos efectos, crea y difunde una serie de iniciativas destinadas a la comunidad en general y colabora con otros organismos gubernamentales.

La Fiscalía Nacional Económica divide su trabajo en cuatro divisiones, a saber: Litigios, Investigaciones, Estudios y Promoción, y Administración y un departamento de Relaciones institucionales. Cada una de estas áreas realiza su trabajo de forma interdependiente, bajo la supervisión y coordinación del Fiscal Nacional Económico y el Sub-Fiscal Nacional.

El trabajo es interdisciplinario. En cada labor de defensa y promoción de la competencia participa un equipo de expertos en materias de competencia, particularmente derecho y economía. Con el fin de mantener sus conocimientos actualizados, los funcionarios de la Fiscalía reciben entrenamiento habitual en las mejores escuelas de Chile y del extranjero especializadas en la materia.

En el ámbito internacional, y siempre dentro de sus facultades, la Fiscalía Nacional Económica participa activamente en diversos foros internacionales relacionados con las políticas de la competencia, tales como el Comité Económico de la Organización para la

Cooperación y el Desarrollo (OECD), la International Competition Network (ICN), las Naciones Unidas (UNCTAD), y el Grupo de Políticas y Derecho de la Competencia (CPLG) del Comité Económico de la APEC.¹⁶⁶

3.2.3. *Panorama nacional*

Como puede deducirse de la misión que tiene la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los organismos que componen el sistema de defensa de la libre competencia en Chile, el espíritu de la Ley antimonopolios es promover y defender la libre competencia en los mercados, que se traduce en la maximización de la eficiencia económica que se aproxima al bienestar social. Por eso, cuando una actividad económica atenta contra la libre competencia, es corregida o prohibida según manda la ley.¹⁶⁷

En el artículo 3 del Decreto Ley 211, modificado el 2004, se definen tres grupos de conductas que atentarían contra este principio:

1. La fijación de precios o restricción concertada de la producción.
2. El abuso de poder de mercado de una empresa dominante o holding de empresas, a través de la fijación de precios de compra o venta, fijación de cuotas de producción, la imposición en una venta de otro producto u otras prácticas similares.
3. Las conductas depredatorias o de abuso de competencia desleal para incrementar el poder de mercado.¹⁶⁸

Cabe destacar que la política antimonopolios se aplica a todas las empresas de la economía, en aquellos mercados donde las condiciones estructurales son compatibles con un funcionamiento de competencia. Por ejemplo, no se aplicaría a un monopolio natural, donde la competencia no es posible y se justifica un mercado regulado.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Fiscalía Nacional Económica, Internet: <http://www.fne.gob.cl/fne/mision-institucional/>, acceso 13/01/2014

¹⁶⁷ Claudia Halabí, La Política Antimonopolios en Chile y El Gran Desafío de Cuidar el Bienestar Social, The University of Georgia. 2009

¹⁶⁸ Id.

¹⁶⁹ Id.

En Chile el objetivo principal de la ley antimonopolios es proteger los mercados para que sean competitivos y no necesariamente resguardar a los competidores, todo lo cual es positivo para la inversión. De estos casos se concluye también que cuando la empresa acusada carece de poder de mercado o no es posible alcanzar dicho poderío a través de la práctica cuestionada, el caso se rechaza. Asimismo, se extrae de las sentencias, que aquellos casos que debieran ser tratados en otros tribunales también son denegados.

La política antimonopolios es fundamental para el desarrollo económico, además, la competencia incentiva el progreso técnico y la innovación.¹⁷⁰

3.2.4. Abogacía de la Competencia

El régimen antimonopolios chileno, decano en el espacio hispanoamericano, ofrece un ejemplo de abogacía de la competencia en la regulación, que vale la pena tomar en cuenta. Las autoridades de competencia cuentan desde sus inicios con funciones expresas de abogacía de la competencia compulsoria, esto es, con poder de emitir recomendaciones de obligatorio cumplimiento del gobierno.¹⁷¹

Una de las tareas más sobresalientes de la anterior Comisión Resolutiva, especialmente durante los primeros años de vigencia del decreto ley 211 de 1973, fue revisar las actuaciones de la administración pública en aras de ajustar sus comportamiento a los principios de la libre competencia. Actualmente y después de tantos años de existencia de un régimen articulado y sólido y varias reformas, las autoridades de competencia aún continúan vigilantes de que la regulación no desborde los límites del fomento del proceso competitivo.¹⁷²

3.3. Análisis de la situación en España

¹⁷⁰ Id.

¹⁷¹ Javier Cortázar Mora (2011) Op. Cit. p. 60

¹⁷² Id.

A partir de la Segunda Guerra Mundial los estados europeos también adoptaron en sus ordenamientos jurídicos nacionales normas de defensa de la competencia. España se dotó por primera vez de normas antitrust a través de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, sin embargo su aplicación distó de ser satisfactoria.¹⁷³

En 1986, España accede a las comunidades europeas, esta integración partía de una premisa fundamental, la aceptación íntegra del acervo comunitario, es decir, del conjunto de normas que componen el Derecho comunitario, según la interpretación que de ellas ha hecho el Tribunal de Justicia. Por tanto, desde 1986 los operadores económicos activos en España están sometidos a dos ordenamientos jurídicos que contienen normas de defensa de la competencia. Por un lado, el Derecho comunitario de la competencia, y por otro, el nacional (contenido primero en la Ley 110/1963, después en la Ley 16/1989 y actualmente en la Ley 15/2007). A su vez las autoridades españolas de defensa de la competencia no se limitan a aplicar el Derecho nacional de defensa de la competencia, sino que también pueden aplicar el Derecho Antitrust comunitario.¹⁷⁴

En 1989 el legislador español tiene a bien derogar la Ley 110/1963 y sustituirla por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que supuso una mejora sustancial en la eficacia de las normas de competencia vigentes desde 1963. La Ley de Defensa de la Competencia se inspiraba pues en las normas comunitarias, recogía la experiencia de la aplicación de estas e incorporaba en su parte dispositiva algunas disposiciones que en Derecho comunitario se han desarrollado mediante normas de derecho derivado. En tanto que fiel reflejo del ordenamiento comunitario, la legislación española en defensa de la competencia, siempre ha tenido como objetivos primordiales:

- Perseguir los acuerdos que impidan, restrinjan o falseen la competencia dentro del territorio nacional.
- Perseguir la explotación abusiva de posiciones de dominio en el mercado nacional.
- Controlar las concentraciones de empresas de dimensión nacional.

¹⁷³ Luis, Ortiz Blanco (2008). Op. Cit. pp. 19-21.

¹⁷⁴ Id.

- Supervisar las ayudas públicas a las empresas.¹⁷⁵

Desde la promulgación de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, el Derecho español de defensa de la competencia se ha seguido desarrollando. El Real Decreto Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, modificó la Ley de defensa de la Competencia para instaurar en España un sistema de notificación obligatoria para aquellas operaciones de concentración económica que superasen determinados umbrales. Por otra parte, la Ley 52/1999 de 38 de diciembre, de Reforma de la LDC, intensificó el control de las ayudas públicas en Derecho español, permitiendo al Tribunal de defensa de la Competencia la iniciación de Oficio de procedimientos para analizar si las subvenciones concedidas por la Administración, distorsionan la competencia.¹⁷⁶

El proceso legislativo tuvo su fuerza de salida con la publicación de un Libro Blanco que ofrecía a cualquier interesado la oportunidad de realizar comentarios en cuanto a su contenido y desembocó en la promulgación de la Ley 15 /2007, de Defensa de la Competencia, las principales novedades introducidas por la nueva Ley 15/2007 en relación con el sistema anterior fueron:

- Unificación del Servicio de Defensa y del Tribunal de Defensa de la Competencia en la denominada “Comisión Nacional de la Competencia”.
- Sustitución del sistema de autorización singular de acuerdos por un sistema de exención legal acorde con el sistema comunitario.
- Flexibilización de los procedimientos de terminación convencional y de medidas cautelares.

¹⁷⁵ Id.

¹⁷⁶ Id.

- Graduación de infracciones y aclaración del mecanismo de cálculo de las sanciones, para las que se fijan importes máximos calculados en función del volumen de negocio realizado en el ejercicio precedente.
- Implantación de un procedimiento de clemencia inspirado en el comunitario que permite exonerar del pago de la multa o reducir el importe de ésta a las empresas que, habiendo participado en un cártel, desvelen su existencia y aporten pruebas para la investigación cumpliendo una serie de condiciones.
- En materia de control de concentraciones la LDC ha revisado al alza el umbral de cuota de mercado; introduce un sistema simplificado de notificación para ciertos tipos de operaciones; posibilita la presentación de compromisos por las partes; y ajusta al sistema comunitario tanto el tratamiento de la Ofertas Públicas de Adquisición, como el dispensado a las empresas en participación con plenas funciones.
- En materia de ayudas estatales se han potenciado las funciones de la Comisión Nacional de la Competencia a quien se confiere la facultad de emitir informes.¹⁷⁷

La entrada en vigor de la Ley 15/2007 ha renovado profundamente el marco institucional en favor de la Comisión Nacional de la Competencia, una autoridad única que ha sido concebida como un órgano independiente en la que se distinguen la Dirección de Investigación, un Presidente con atribuciones relevantes y el Consejo, compuesto por su presidente y seis consejeros.

3.3.1. La Comisión Nacional de la Competencia y máxima autoridad

La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) es un organismo público encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, así como de velar por la aplicación coherente de la Ley de Defensa

¹⁷⁷ Id.

de la Competencia mediante el ejercicio de las funciones que se le atribuyen en la misma y, en particular, mediante la coordinación de las actuaciones de los reguladores sectoriales y de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, así como la cooperación con los órganos judiciales competentes.¹⁷⁸

La CNC es una institución única e independiente del Gobierno, que integra a los antiguos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia.¹⁷⁹ Ejerce sus funciones en el ámbito de todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores productivos de la economía.¹⁸⁰

La CNC presenta una estructura piramidal centrada en la existencia de dos órganos separados, la Dirección de Investigación¹⁸¹ y el Consejo¹⁸², que realizan con independencia sus respectivas funciones de instrucción y resolución bajo la supervisión y coordinación del Presidente de la institución. Ambos órganos se apoyan en un conjunto de servicios comunes. La Ley de Defensa de la Competencia atribuye a la CNC funciones tanto instructoras como resolutorias en todos los procedimientos en materia de defensa de la competencia. La Ley también le atribuye funciones de arbitraje, competencias consultivas y labores de promoción de la competencia en los mercados.¹⁸³

Las facultades de la CNC se han visto considerablemente ampliadas. En materia de control de concentraciones la CNC ha pasado de ser un ilustre opinante a adoptar las decisiones definitivas en la totalidad de los casos. El ejemplo más claro reside en su facultad para impugnar actos de las Administraciones públicas ante la jurisdicción contenciosa

¹⁷⁸ Comisión Nacional de la Competencia, Internet. <http://www.cncompetencia.es>, Acceso: 03/03/014

¹⁷⁹ La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ha declarado extinguido el Tribunal de Defensa de la competencia. En cuanto órgano encargado de la resolución de los expedientes, dentro de la CNC le ha sustituido el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

¹⁸⁰ Comisión Nacional de la Competencia, Internet. <http://www.cncompetencia.es>, Acceso: 03/03/014

¹⁸¹ La Dirección de Investigación es el órgano de la CNC encargado de la instrucción de los expedientes. El Director de Investigación es nombrado por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, previa aprobación del Consejo de la CNC. La Dirección de Investigación sustituye al antiguo Servicio de Defensa de la Competencia.

¹⁸² Es el órgano de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas y de promoción de la competencia. Es un órgano colegiado formado por el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia y seis consejeros. Los consejeros son nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda por un período de seis años sin posibilidad de renovación.

¹⁸³ Comisión Nacional de la Competencia, Internet. <http://www.cncompetencia.es>, Acceso 03/03/014

administrativa, incluyendo disposiciones de ámbito general tales como Reales Decretos u Órdenes Ministeriales.¹⁸⁴

Con la mencionada unificación, en lo sucesivo el mismo órgano administrativo investigará, acusará y decidirá en materia de prácticas prohibidas. Podría pensarse que un sistema en el cual el mismo órgano investiga, acusa y finalmente decide viola los derechos fundamentales, al incidir sobre la imparcialidad del órgano en cuestión. No obstante, la división funcional junto con la posibilidad de recurso ante la Audiencia Nacional garantiza la plena compatibilidad del modelo con la constitución y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁸⁵

La reforma institucional abordada en la LCD ha otorgado un papel protagonista a los Juzgados de lo Mercantil. Frente al Régimen de la Ley de 1989, que preveía la aplicación exclusiva por la Administración, la Disposición Adicional Primera de la Nueva Ley reconoce a los Juzgados de lo Mercantil la potestad para aplicar las prohibiciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la Ley, relativos a acuerdos restrictivos de la competencia y conductas de abuso de posición dominante, asimismo la Ley ha suprimido la necesidad de previo pronunciamiento de la autoridad administrativa, para las reclamaciones de daños y perjuicios.¹⁸⁶

Al objeto de evitar que los criterios de los Juzgados de lo Mercantil se desarrollen sin haberse valorado su posible contradicción con los empleados por la CNC, la Ley reconoce a ésta, así como a los organismos de las distintas Comunidades Autónomas, la facultad de presentar observaciones en los procedimientos judiciales sobre cuestiones relativa a la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley.¹⁸⁷

La exposición de motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la Competencia, reconoce la inspiración de la Ley vigente en las normas de competencia comunitarias, cuya influencia era evidente en las leyes de 1963 y 1989. De acuerdo con el modelo comunitario, la LDC establece en su artículo 1 una prohibición general de todo acuerdo que tenga por

¹⁸⁴ Luis Ortiz Blanco (2008). Op. Cit. pp. 19-21.

¹⁸⁵ Id.

¹⁸⁶ Id.

¹⁸⁷ Id.

objeto o produzca el efecto de restringir la competencia en el mercado, el artículo 1 dispone:

“Artículo 1. Conductas colusorias.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.”¹⁸⁸

La formulación del artículo 1 mencionado y su interpretación por las autoridades nacionales de competencia son prácticamente análogas a las del derecho comunitario. Con respecto a la concurrencia de voluntades autónomas, las autoridades nacionales han alineado sus

¹⁸⁸ BOE n. 159, de 4 de julio de 2007, artículo 1

criterios con los empleados a nivel comunitario en materia de grupos de empresas y agentes y comisiones.

3.3.2. *Derecho Comunitario de la Competencia*

Los Estados miembros de la Unión Europea han cedido soberanía a las instituciones comunitarias a través de la firma de Tratados, estos constituyen la fuente originaria del Derecho comunitario y se completan con el Derecho derivado comunitario que emana de las propias instituciones comunitarias. De entre las instituciones comunitarias, resultan relevantes a efectos de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia la Comisión Europea, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia.¹⁸⁹

La Comisión Europea es la guardiana del Derecho comunitario, y debe actuar con autonomía respecto de los Estados miembros. Aplica el Derecho comunitario de la competencia, y además tiene capacidad legislativa para adoptar algunas normas de Derecho derivado. Tiene a su servicio un complejo entramado administrativo organizado en Direcciones Generales de entre las que destaca la Dirección General de Competencia, ésta se encuentra bajo la dirección del Comisario, responsable de la política de competencia.¹⁹⁰

Las decisiones de la Comisión europea en materia de Competencia pueden ser objeto de recurso ante los órganos jurisdiccionales comunitarios: Tribunal de Primera Instancia y Tribunal de Justicia.¹⁹¹

Por último, procede señalar que los artículos 81 y 82 TCE gozan de efecto directo, por lo que pueden ser aplicados no sólo por las instituciones comunitarias, sino también por los órganos jurisdiccionales nacionales, y en su caso también, dependiendo de las legislaciones de los Estados miembros, por las autoridades nacionales de defensa de la competencia. Cuando los jueces o autoridades nacionales apliquen el Derecho comunitario de la

¹⁸⁹ Luis Ortiz Blanco (2008). Op. Cit. pp. 19-21.

¹⁹⁰ Id.

¹⁹¹ Id.

competencia y tengan dudas de interpretación, podrán elevar una cuestión prejudicial ante el tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.¹⁹²

3.3.3. *Abogacía de la competencia*

En esta jurisdicción el tema de la regulación favorecedora de la libre competencia siempre ha sido prioritario, en cuanto a que ésta es el medio más importante para lograr la plena integración económica. Por tal motivo los europeos siempre han tenido claro que la libre competencia no sólo se afecta por la realización de las conductas anticompetitivas, sino por otras causas, especialmente la intervención estatal en la economía mediante la regulación.¹⁹³

¹⁹² Id.

¹⁹³ Javier Cortázar Mora (2011) Op. Cit. p. 60

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DE LAS LEGISLACIONES COMPARADAS EN EL DERECHO ECUATORIANO

4.1. Contraste de las legislaciones comparadas con la ecuatoriana

Hasta el momento se ha podido analizar las cuatro legislaciones sobre competencia de forma aislada, a continuación se tomarán los elementos más importantes de cada una, respecto a su organización administrativa y las atribuciones más relevantes y se las contrastará, a fin de identificar aspectos positivos y negativos para generar criterios que contribuyan a la legislación ecuatoriana.

4.1.1. Ecuador respecto a Colombia

Colombia	Ecuador
Año de primera ley en materia de defensa de la competencia	
1991	2011
Ley vigente	
Ley No. 1340 de 24 de julio de 2009	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de 13 de octubre de 2011
Objeto de la Ley	
Esta Ley tiene por objeto actualizar la normatividad en materia de protección de la	El objeto de esta Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de

competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.	operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.
Autoridad	
<p>Superintendencia de Industria y Comercio:</p> <p>Organismo con personería jurídica y presupuesto propio, de carácter técnico y adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestaria, conjuga funciones de investigación y poderes adjudicativos, además tiene facultades de inspección, vigilancia y control atribuidas por la ley.</p> <p>La SIC no se dedica exclusivamente a la aplicación de la ley de competencia también la autoridad de aplicación de otras cuatro políticas económicas clave del régimen</p>	<p>Superintendencia de Control del Poder de Mercado:</p> <p>Organismo técnico, de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa.</p> <p>Los objetivos principales que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe cumplir, conforme a la Ley que la regula son, evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores</p>

económico.	económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; la prevención, prohibición y sanción de prácticas desleales; y, fomentar la competencia.
Representante	
Superintendente; Superintendente delegado	Superintendente
Requisitos para ostentar el cargo	
Para el cargo de Superintendente se requiere título profesional en derecho, administración de empresas, administración pública, economía, ingeniería industrial, comercio exterior o internacional; maestría en áreas relacionadas con las funciones del cargo más sesenta meses de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo, o especialización de postgrado en las áreas relacionadas con las funciones del cargo más setenta y dos meses de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo.	Para ser designado Superintendente de Control del Poder de Mercado, se requiere ser ecuatoriano, estar en ejercicio de los derechos de participación, tener título académico de cuarto nivel en materias afines a la competencia económica, y experiencia profesional de 10 años.
Para el cargo de Superintendente Delegado	El Superintendente será nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de una terna enviada por el Presidente de la República

<p>se requiere título profesional en derecho, administración de empresas, administración pública, economía, ingeniería industrial, comercio exterior o internacional, más sesenta meses de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo.</p> <p>El Superintendente es nombrado por el Presidente de la República y puede ser cesado del cargo a su voluntad. La posición del Superintendente Delegado de Competencia también está sujeta al nombramiento y cese a voluntad.</p>	
Atribución de imponer sanciones	
<p>Son sujetos infractores aquellos que cometan las infracciones contenidas en el artículo 25 de la Ley. La Superintendencia puede imponer, por cada violación y a cada infractor, multas hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150 % de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.¹⁹⁴</p> <p>Así como también podrá imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley,</p>	<p>Son sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en el artículo 78 de la Ley. Estas se dividen en leves, graves y muy graves encontrándose enumeradas taxativamente cada una de ellas en el artículo mencionado.</p> <p>La Superintendencia puede imponer las siguientes sanciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total

¹⁹⁴ Cfr. Art. 25 Ley No. 1340 de 24 de julio de 2009

<p>multas hasta por el equivalente de dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.¹⁹⁵</p>	<p>de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. • Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. <p>Adicional a esto, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, la superintendencia puede imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención de cada uno.</p>
<p>Atribución de regular las concentraciones</p>	
<p>Para las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en</p>	<p>Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa, los</p>

¹⁹⁵ Cfr. Art. 26 Ley No. 1340 de 24 de julio de 2009

<p>la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, están obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio;¹⁹⁶ • Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio;¹⁹⁷ <p>En los eventos en que los interesados</p>	<p>operadores económicos involucrados en operaciones de concentración horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación. • En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.¹⁹⁸ <p>En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplen con cualquiera de las dos condiciones señaladas, no requieren autorización por parte de la</p>
---	---

¹⁹⁶ Cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2013, Superintendencia de Industria y Comercio, Internet: <http://www.sic.gov.co/integraciones-empresariales>, Acceso: 06/04/2014

¹⁹⁷ Cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2013, Superintendencia de Industria y Comercio, <http://www.sic.gov.co/integraciones-empresariales>, acceso 06/04/2014

¹⁹⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit. Art 16.

cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin embargo, ésta puede solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración que la notifiquen en los mismos términos.
Atribución en abogacía de la competencia	
La Ley prescribe que la SIC tiene la facultad de rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal, que pueden tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Además le impone la obligación a las autoridades de regulación de informar a la SIC sobre los proyectos de actos administrativos que pretendan expedir que tengan la posibilidad de afectar la libre competencia, otorgándole la posibilidad de emitir conceptos no obligatorios, los cuales, no obstante, si no son acogidos por la entidad, le imponen a esta el deber de explicar las razones.	Dentro de las atribuciones de la Superintendencia de Control de Poder del Poder de Mercado se encuentra la de Promover el estudio y la investigación en materia de competencia y su divulgación, así como la de realizar convenios con universidades, instituciones públicas y privadas con el fin de fomentar la correcta competencia, sin embargo no se establece una norma específica que se refiera a la abogacía de la competencia.

4.1.2. Ecuador respecto a Chile

Chile	Ecuador
Año de primera ley en materia de defensa de la competencia	
1959	2011
Ley vigente	
Decreto Ley No. 211	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de 13 de octubre de 2011
Objeto de la Ley	
<p>La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.</p> <p>Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.¹⁹⁹</p>	<p>El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.</p>
Autoridad	
El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:	Superintendencia de Control del Poder de Mercado:

¹⁹⁹ DECRETO LEY N°211, DE 1973, art 1

<p>Organismo especial e independiente, de carácter colegiado, que se dedica exclusivamente al conocimiento de aquellas materias vinculadas a la libre competencia. La función de este tribunal es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia, quedando siempre sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.</p> <p>La Fiscalía Nacional Económica:</p> <p>Servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.</p> <p>Tiene por misión defender y promover la libre competencia actuando en representación del interés público como organismo especializado, para evitar que agentes con poder de mercado atenten individual o conjuntamente contra la libertad económica, procurando así el mayor bienestar general de la sociedad</p>	<p>Organismo técnico, de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa.</p> <p>Los objetivos principales que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe cumplir, conforme a la Ley que la regula son, evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; la prevención, prohibición y sanción de prácticas desleales; y, fomentar la competencia.</p>
<p align="center">Representante</p>	

<p>El Tribunal de Defensa de la Libre</p> <p>Competencia: Presidente</p> <p>La Fiscalía Nacional Económica: Fiscal</p> <p>Nacional Económico</p>	<p>Superintendente</p>
<p>Requisitos para ostentar el cargo</p>	
<p>Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Abogado, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes. Sólo podrán participar en el concurso quienes tengan una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico, y acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional.²⁰⁰</p> <p>Fiscal Nacional Económico: Abogado y diez años de ejercicio profesional o tres años de antigüedad en el servicio.</p>	<p>Para ser designado Superintendente de Control del Poder de Mercado, se requiere ser ecuatoriano, estar en ejercicio de los derechos de participación, tener título académico de cuarto nivel en materias afines a la competencia económica, y experiencia profesional de 10 años.</p> <p>El Superintendente será nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de una terna enviada por el Presidente de la República</p>
<p>Atribución de imponer sanciones</p>	
<p>En la sentencia definitiva, el Tribunal puede adoptar las siguientes medidas:</p>	<p>Son sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las</p>

²⁰⁰ DECRETO LEY N°211, DE 1973, art 6

<p>Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3²⁰¹, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.²⁰² Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo.</p> <p>Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.²⁰³</p>	<p>prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en el artículo 78 de la Ley. Estas se dividen en leves, graves y muy graves encontrándose enumeradas taxativamente cada una de ellas en el artículo mencionado.</p> <p>La Superintendencia puede imponer las siguientes sanciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. • Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. • Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.
---	--

²⁰¹ Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación. Decreto Ley No. 211

²⁰² 489.264 Pesos chilenos a diciembre de 2013, según el Servicio de Impuestos Internos de Chile, Internet. <http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2013.htm>, Acceso: 06/04/2014

²⁰³ DECRETO LEY N°211, DE 1973, art 26

	<p>Adicional a esto, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, la superintendencia puede imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención de cada uno.</p>
Atribución de regular las concentraciones	
<p>No existe realmente en Chile un sistema <i>ad-hoc</i> de control de operaciones de concentración. Ese concepto, de hecho, no se menciona en el DL 211. Tampoco la ley define los casos en que se estimaría lícita o no una determinada operación de concentración, o las mitigaciones que se podrían imponer para aprobarla. Lo que más bien existe es una tradición jurisprudencial que, basada en la interpretación que el TDLC ha hecho de las normas que contemplan la consulta voluntaria sobre la consistencia con el DL 211 de hechos, actos o contratos por celebrarse, ha revisado ex ante, por vía no contenciosa, operaciones de concentración para determinar, en base a su aptitud real para afectar la libre</p>	<p>Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación. • En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica,

<p>competencia, su aprobación, rechazo, o aceptación sujeta a condiciones. La aplicación de esas normas se ha acompañado de un desarrollo normativo, dado a través de Autos Acordados dictados por el TDLC.</p> <p>Es así que en el DL 211 encontramos que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá entre sus atribuciones y deberes, conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos. Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su</p>	<p>y que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incrementara una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.²⁰⁵</p> <p>En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplen con cualquiera de las dos condiciones señaladas, no requieren autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin embargo, ésta puede solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración que la notifiquen en los mismos términos.</p>
--	--

caso, la resolución que haga tal calificación. ²⁰⁴	
Atribución en abogacía de la competencia	
<p>La legislación chilena no reconoce específicamente asuntos sobre abogacía de la competencia, sin embargo, dentro de las atribuciones del TDLC se reconoce proponer la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia.</p> <p>Por su parte la Fiscalía Nacional Económica, puede celebrar convenios o memorándum de entendimiento con otros servicios públicos y universidades, en materias de cooperación recíproca. Asimismo, celebrar convenios con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas.</p>	<p>Dentro de las atribuciones de la Superintendencia de Control de Poder del Poder de Mercado se encuentra la de Promover el estudio y la investigación en materia de competencia y su divulgación, así como la de realizar convenios con universidades, instituciones públicas y privadas con el fin de fomentar la correcta competencia, sin embargo no se establece una norma específica que se refiera a la abogacía de la competencia.</p>

4.1.3. Ecuador respecto a España

²⁰⁵ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit, Art. 16

²⁰⁴ Cfr. Nehme Nicole, Diseños Institucionales de Cotrol de Concentraciones, Universidad de Chile, Internet: file:///C:/Documents%20and%20Settings/FMORAN/My%20Documents/Downloads/rev125_NNehme-BMordoj.pdf, Acceso: 06/04/2014.

España	Ecuador
Año de primera ley en materia de defensa de la competencia	
1963	2011
Ley vigente	
Ley 15/2007	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de 13 de octubre de 2011
Objeto de la Ley	
Esta Ley tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y las competencias de las Comunidades Autónomas para la aplicación de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia. ²⁰⁶	El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.
Autoridad	
La Comisión Nacional de la Competencia: Organismo público encargado de preservar,	Superintendencia de Control del Poder de Mercado:

²⁰⁶ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, preámbulo

<p>garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, así como de velar por la aplicación coherente de la Ley de Defensa de la Competencia mediante el ejercicio de las funciones que se le atribuyen en la misma. Es una institución única e independiente del Gobierno.</p>	<p>Organismo técnico, de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa.</p> <p>Los objetivos principales que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe cumplir, conforme a la Ley que la regula son, evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; la prevención, prohibición y sanción de prácticas desleales; y, fomentar la competencia.</p>
Representante	
Presidente	Superintendente
Requisitos para ostentar el cargo	
<p>El Presidente es nombrado por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda por un período de seis años sin</p>	<p>Para ser designado Superintendente de Control del Poder de Mercado, se requiere ser ecuatoriano, estar en ejercicio de los</p>

<p>posibilidad de renovación.</p>	<p>derechos de participación, tener título académico de cuarto nivel en materias afines a la competencia económica, y experiencia profesional de 10 años.</p> <p>El Superintendente será nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de una terna enviada por el Presidente de la República</p>
<p align="center">Atribución de imponer sanciones</p>	
<p>Las infracciones establecidas en la Ley se clasifican en leves, graves y muy graves y están enumeradas taxativamente</p> <p>Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la Ley las siguientes sanciones:</p> <p>a) Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.</p> <p>b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el</p>	<p>Son sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en el artículo 78 de la Ley. Estas se dividen en leves, graves y muy graves encontrándose enumeradas taxativamente cada una de ellas en el artículo mencionado.</p> <p>La Superintendencia puede imponer las siguientes sanciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Las infracciones graves con multa de

<p>ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.</p> <p>c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.</p> <p>En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:</p> <p>a) Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.</p> <p>b) Las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros.</p> <p>c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros.</p> <p>Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que</p>	<p>hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. <p>En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refieren los literales a), b) y c) del primer inciso del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las infracciones leves con multa entre 50 a 2.000 Remuneraciones Básicas Unificadas. • Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas. • Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas. <p>Adicional a esto, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en</p>
---	--

<p>hayan intervenido en el acuerdo o decisión.</p>	<p>infracciones muy graves, la superintendencia puede imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención de cada uno.</p>
<p>Atribución de regular las concentraciones</p>	
<p>El procedimiento de control previsto en la ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes, las mismas que deberán notificarse:</p> <p>a) Que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.</p> <p>Quedan exentas del procedimiento de control todas aquéllas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en ésta letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota</p>	<p>Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación. • En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento

<p>individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.</p> <p>b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.</p>	<p>del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.²⁰⁷</p> <p>En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplen con cualquiera de las dos condiciones señaladas, no requieren autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin embargo, ésta puede solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración que la notifiquen en los mismos términos.</p>
Atribución en abogacía de la competencia	
<p>La Ley no contiene normativa específica que regule u otorgue facultades referentes a la abogacía de la competencia.</p>	<p>Dentro de las atribuciones de la Superintendencia de Control de Poder del Poder de Mercado se encuentra la de Promover el estudio y la investigación en materia de competencia y su divulgación, sin embargo no se establece una norma específica que se refiera a la abogacía de la competencia.</p>

²⁰⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit, Art. 16

4.2. Análisis comparativo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado frente a los órganos de control de la competencia en el derecho comparado

4.2.1. Legislación

Es claramente notorio que el Ecuador está por demás retrasado en cuanto a legislación en materia de competencia, a partir de la constitución de 2008 se crea un escenario apropiado y las condiciones necesarias para el desarrollo de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta fue publicada en el Registro Oficial el 13 de octubre de 2011, y con esto se sienta el precedente de la primera norma que regula la competencia en nuestro país. Por su parte Chile, fue el primero en desarrollar legislación sobre competencia de los países estudiados en el presente trabajo, y un modelo a seguir para el mundo, su Ley No. 13.305 fue promulgada en 1959, más de medio siglo antes que la legislación ecuatoriana, esta Ley a pesar de ser tan antigua, eliminó toda forma de monopolio, derogando normas de igual jerarquía que podían favorecer su creación.

Mientras tanto, cuatro años después de la primera ley chilena en la materia, España adopta en su ordenamiento jurídico normas de defensa de la competencia, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Su primera norma fue la Ley 110/1963, de 20 de julio, la cual buscaba reprimir las prácticas restrictivas de la competencia, sin embargo su aplicación distó de ser satisfactoria. Algunos años después, Colombia desarrolla su primera legislación en la materia, en 1991, veinte años antes que el Ecuador, lo que hace presumir su avance a partir de la experiencia, sin dejar de lado el contexto social y la coyuntura en la que aparece por primera vez esta normativa, un mecanismo para legitimar el control de precios.

De los datos históricos estudiados, se desprende que las legislaciones de Chile, Colombia y España tienen mucha más experiencia en este campo como consecuencia de la aplicación diaria de estas normas, lo que ha permitido generar precedentes respecto de casos reales con un marco normativo establecido; asimismo la imposición de sanciones a conductas tipificadas y la constante práctica de la materia genera experticia tanto para las autoridades, como para los controlados. De la misma forma, como consecuencia de tener una larga

trayectoria, se han producido reformas en las legislaciones, las mismas que responden a factores sociales, antropológicos y políticos, a partir de las circunstancias específicas de cada país.

Al respecto se pueden tomar aspectos positivos y negativos desde la perspectiva del Ecuador, como puntos en contra cabe observar la notoria inexperiencia que tiene la legislación ecuatoriana y las autoridades competentes para aplicarla, ya que diariamente se construye y se inventa a sí misma, aplicando las normas y entendiendo las circunstancias internas, tomando en cuenta que la Ley ecuatoriana tiene apenas tres años de existencia.

Como aspecto positivo de esta realidad se evidencia que la legislación ecuatoriana ha aprendido mucho de las extranjeras, aplicando y emulando correctamente los elementos positivos que éstas nos dejan a partir de su estudio, es así que no se tiene un mismo punto de partida por lo que se puede desarrollar esta materia con más herramientas y de una manera más expedita, entendiendo los errores y problemas que atravesaron en los otros países y por supuesto, evitándolos.

En relación al objeto de las leyes estudiadas, se puede determinar que las cuatro tienen como fin común proteger la libre competencia en los mercados y promoverla. La legislación ecuatoriana no lo dice literalmente y es un poco más extensa y lírica, establece que busca la eficiencia en los mercados, el comercio justo, y el bienestar general, pero lo más importante y que amerita ser recalcado es que tiene como fin principal el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

Esta pequeña frase abre un campo enorme, ya que encamina a que una normativa específica permita visualizar que es posible un nuevo sistema económico que funcione en base a los postulados, doctrina, valores y principios que rigen para la economía social, popular y solidaria²⁰⁸, entendidos estos, según la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, entre otros, la prelación del trabajo sobre el capital, la prioridad de los intereses colectivos sobre los individuales, el comercio justo y el consumo ético y responsable; y la distribución equitativa y solidaria de excedentes.

²⁰⁸ Cfr. Jorge Bragulat, *“Economía Social, Popular y Solidaria y Cooperativismo”*, Universidad Nacional de Tres de Febrero, 2014, p. 17

Por otra parte, tanto la Ley colombiana como la española tienen también como objeto, la actualización y reforma de sus legislaciones respecto a esta materia, tomando en cuenta sus antecedentes históricos, tema que fue revisado en líneas anteriores y que obviamente no comparte la legislación ecuatoriana por no tener una norma anterior en la materia. Finalmente la Ley española, se refiere en su contenido al nuevo sistema normativo comunitario, una característica que no poseen los otros países estudiados.

4.2.2. Autoridad competente

Las respectivas legislaciones establecen una autoridad competente, la misma que se encarga de la supervisión y control de los operadores económicos, en cuanto al ejercicio de la correcta competencia. Es así que el Ecuador cuenta con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Colombia con la Superintendencia de Industria y Comercio, Chile con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica, y por último España con la Comisión Nacional de la Competencia.

Como elementos comunes, se puede identificar que los cuatro países cuentan con organismos técnicos, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y presupuestaria, en el caso de Chile sólo respecto a la Fiscalía Nacional Económica, ya que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no cumple estas características, asimismo estas instituciones tienen capacidad sancionatoria. Como objetivos comunes tienen los de promover y proteger la libre competencia mediante varios mecanismos.

Administrativamente resaltan algunas diferencias entre estas instituciones, en relación al caso de Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio, perteneciente a Colombia, es adscrita al Ministerio Comercio, Industria y Turismo, además que no se dedica exclusivamente a la aplicación de la ley de competencia, también se dedica a otras cuatro políticas económicas. Mientras que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado

es totalmente independiente, perteneciendo únicamente a la Función de Transparencia y Control Social y su objeto es de control del poder de mercado.

Por su parte Chile, cuenta con dos organismos encargados de asuntos referentes a la competencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, enfocado a las atribuciones de control y supervisión, y la Fiscalía Nacional Económica, que se dedica a los procesos administrativos que se originen a partir de la presunta violación a la ley, ambas instituciones son independientes, pero trabajan en conjunto por un objetivo común. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado conjuga estas atribuciones dentro de sí misma, de aquello se puede concluir cierto grado de especialización por parte de las instituciones chilenas, lo que produce mayor eficacia en el cumplimiento de sus funciones al tener más recursos destinados para cada atribución.

Finalmente España que tiene como Autoridad la Comisión Nacional de la Competencia, tiene una estructura bastante similar a la institución ecuatoriana siendo un organismo único e independiente del Gobierno.

Estas instituciones encargadas del control de la correcta competencia tienen como cabeza a un representante, aspecto del cual también se puede analizar elementos comunes de lo que consecuentemente se pueden obtener fortalezas y debilidades para la realidad ecuatoriana a partir del contraste con las legislaciones comparadas.

Es así que, para ser designado Superintendente de Control del Poder de Mercado, es decir, refiriéndose a la legislación ecuatoriana, se requiere tener título académico de cuarto nivel en materias afines a la competencia económica, además de diez años de experiencia. Un aspecto interesante de la Ley ecuatoriana es que exige como requisito expreso ser ecuatoriano, el mismo que no tiene precedentes ni análogos, esto a mi parecer resulta de la tendencia constitucional respecto de la soberanía y los valores nacionalistas. Es importante aclarar que la norma no hace diferenciación entre ecuatoriano de nacimiento o por naturalización, por lo que en ese sentido no habría limitación.

Por su parte, la institución colombiana, por su estructura administrativa tiene dos categorías, la primera es la del Superintendente de Industria y Comercio, aplicando al caso de Ecuador no existiría esta dignidad, pues, vendría a ser un cargo por encima del

Superintendente de Control del Poder de Mercado. Sin embargo, para ostentar este cargo, la legislación colombiana también puntualiza requisitos, hace una descripción más detallada, especifica que se requiere título de tercer nivel en carreras afines a la competencia económica, más una maestría en áreas relacionadas con las funciones del cargo, y en este caso sesenta meses de experiencia profesional, es decir cinco años; también se permite que en lugar de una maestría se tenga una especialización de posgrado, pero en ese caso se requerirá setenta y dos meses de experiencia, es decir, seis años.

Mientras tanto, para la designación de Superintendente Delegado, comparándolo con el Ecuador el mismo rango que el Superintendente de Control del Poder de Mercado, se requiere nada más título de tercer nivel en carreras afines a la competencia económica y cinco años de experiencia profesional relacionada con las funciones de su cargo. Al respecto se evidencia que los requisitos de la legislación ecuatoriana son más rígidos en relación a formación y experiencia, sin duda un aspecto positivo para el Ecuador ya que si bien esto no asegura una mejor gestión, otorga más garantías y genera mayor competencia entre los postulantes, lo que los obliga a prepararse y trabajar más para ostentar el cargo de Superintendente de Control del poder de Mercado.

Por su parte Chile tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el cual está representado por su Presidente quien deberá ser abogado y tener destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico, adicionalmente acreditar al menos 10 años de ejercicio profesional. Mientras que la Fiscalía Nacional Económica tiene como representante al Fiscal Nacional Económico quien de la misma debe ser abogado y acreditar diez años de ejercicio profesional o tres años de antigüedad en el servicio. Comparándolo con el caso de Ecuador, Chile limita el puesto de representantes de sus dos instituciones encargadas del control de la correcta competencia a los profesionales del derecho, aunque coincide con el tiempo establecido de experiencia profesional.

Finalmente España no tiene regulado en su norma lo requisitos que deberá tener el presidente de la Comisión nacional de la Competencia sino que será nombrado por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda por un período de seis años sin posibilidad de renovación. Lo que se puede concluir es que todas las legislaciones

estudiadas tienden a exigir profesionalismo en ramas afines a la competencia y sobre todo se exige mucha experiencia en el campo, siendo la legislación ecuatoriana la más estricta y la única en incluir dentro de sus requisitos el de la nacionalidad.

4.2.3. Atribuciones

Dentro de las atribuciones que cada institución tiene en el control de la correcta competencia, este trabajo se ha enfocado en tres fundamentales, las mismas que permiten ser contrastadas y analizadas a fin de obtener un criterio sobre la gestión de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a partir de su Ley. Es así que se desarrollará la atribución de imponer sanciones, la de regular las concentraciones, y lo relativo a la abogacía de la competencia.

4.2.3.1. Atribución de imponer Sanciones

La Ley ecuatoriana divide las infracciones en leves, graves y muy graves encontrándose enumeradas taxativamente cada una de ellas, y para éstas puede imponer las siguientes sanciones:

- Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

Adicionalmente, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, la superintendencia puede imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención de cada uno.

Por su parte Colombia establece que la Superintendencia puede imponer, por cada violación y a cada infractor, multas hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes²⁰⁹ o, si resulta ser mayor, hasta por el 150 % de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. También puede imponer a cualquier persona natural que participe en conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley, multas hasta por el equivalente de dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

A simple vista se puede notar que ambas legislaciones establecen multas altas para los infractores de las respectivas leyes de la competencia, dependiendo del caso puede ser mayor la una o la otra, sin embargo existen claras diferencias. La Ley ecuatoriana establece la multa principal sobre el ejercicio económico anterior del infractor, mientras que la Ley colombiana sobre salarios mensuales vigentes o hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta del infractor, sobre este punto cabe especificar que la utilidad total no necesariamente es la derivada de la conducta violatoria de normas que protegen la competencia, ésta última suele ser menor.

Adicionalmente las legislaciones contemplan la posibilidad de sancionar a individuos en específico cuando se ha incurrido en conductas violatorias de la ley, Colombia es mucho más estricta en esto, establece dos mil salarios mínimos mensuales mientras que Ecuador sólo quinientos, el salario mínimo mensual Colombiano varía con la remuneración básica unificada ecuatoriana en trece Dólares aproximadamente.

²⁰⁹ 616.000 Pesos según el Ministerio de Trabajo Colombiano, (aproximadamente 327,43 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), Internet. <http://www.mintrabajo.gov.co/empleo/abece-del-salario-minimo.html>, Acceso 22/06/2014

En el caso de Chile, el Tribunal puede mediante sentencia, aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte o treinta mil unidades tributarias anuales²¹⁰. Las multas pueden ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Para la determinación de las multas se considera el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación. Tomando en cuenta que la unidad tributaria anual, corresponde a 489.264 Pesos chilenos, lo que equivaldría a aproximadamente a menos de un Dólar Norteamericano, en el caso más grave una multa en esta materia en Chile podría llegar a treinta mil Dólares aproximadamente, lo que claramente es inferior a Ecuador, que se maneja en porcentajes aplicados al ejercicio anterior, por lo que la eventual multa no estaría sujeta a un monto determinado, sino que depende de cada caso en específico, pudiendo ser considerablemente mayor, al techo que plantea la legislación chilena.

Finalmente la legislación española, al igual que la ecuatoriana clasifica a las infracciones en leves, graves y muy graves y asimismo están enumeradas taxativamente y se las sanciona de la siguiente manera:

- Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

²¹⁰ Una unidad tributaria anual son 489.264 Pesos chilenos a diciembre de 2013, según el Servicio de Impuestos Internos de Chile, (ochenta y nueve centavos de Dólar Norteamericano aproximadamente), Internet: <http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2013.htm>, Acceso 22/06/2014

Además de esta sanción, cuando el infractor sea una persona jurídica, se puede imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Como se puede observar el sistema que establece la Ley española es exactamente igual al que se encuentra establecido en Ecuador pero la multa es algunos puntos inferiores según el tipo de infracción. De igual manera cabe la opción de sancionar a individuos en específico, pero también es una multa inferior a la establecida por la legislación ecuatoriana, plantea hasta sesenta mil Euros, (ochenta y un mil Dólares Norteamericanos), cuando en Ecuador puede llegar a ser ciento setenta mil Dólares.²¹¹

Para una mejor ilustración, se planteará un ejemplo hipotético aplicado a las cuatro legislaciones para determinar la multa que cabría conforme a cada una de estas, adaptando elementos, como el tipo de moneda, a la realidad ecuatoriana, resultando de la siguiente manera: una empresa X realiza actos colusorios, tal conducta se enmarca en una de las denominadas “infracciones muy graves”, gracias a estos actos colusorios la empresa logra tener un volumen de negocio de un millón de Dólares, a diferencia del año pasado en el que obtuvo setecientos mil dólares, sin ningún tipo de conducta ilícita. El responsable directo de lo sucedido es el Gerente de la Empresa. Luego del respectivo procedimiento administrativo se decide aplicar la sanción más fuerte, reflejado de la siguiente manera:

Aplicado a Ecuador:

12% del volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

12% de \$700,000.00 = 84,000.00 DÓLARES NORTEAMERICANOS DE
MULTA

Multa para el Gerente - 500 Remuneraciones Básicas Unificadas

²¹¹ Un Euro equivale a 1.36 Dólares, según el Banco de España, <http://www.bde.es>, Acceso: 22/06/2014

$\$340.00 * 500 = 170,000$ DÓLARES NORTEAMERICANOS DE MULTA

Aplicado a Colombia

150 % de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor

150% de \$300,000 = 450,000.00 DÓLARES NORTEAMERICANOS DE MULTA

Multa para el Gerente – 2,000 salarios mínimos mensuales legales

$\$327.43 * 2,000 = 654,860$ DÓLARES NORTEAMERICANOS DE MULTA

Aplicado a Chile

Treinta mil unidades tributarias anuales (0.89 Dólares)

$30.000 * 0.89 = 26,700.00$ DÓLARES NORTEAMERICANOS DE MULTA

Esta multa puede ser tanto para la empresa como para el Gerente

Aplicado a España

10% del volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

10% de \$700,000.00 = 70,000.00 DÓLARES NORTEAMERICANOS DE MULTA

Multa para el Gerente – 60,000 Euros

81,600 DÓLARES NORTEAMERICANOS DE MULTA

De este análisis se puede concluir que, todas las legislaciones establecen multas altas para el incumplimiento de normas relativas a la correcta competencia, siendo la legislación colombiana la más radical ya que su techo es bastante alto, luego sigue la legislación ecuatoriana, que sanciona a partir del ejercicio inmediatamente anterior lo cual implica que la multa no necesariamente va a ser proporcional a la infracción cometida y cada caso en particular debería tener su propio análisis. Posteriormente España, que tiene un sistema idéntico al de Ecuador, y por último

Chile con un sistema suave, respecto a las sanciones, mantiene montos fijos y muy bajos en comparación con los otros sistemas.

Es importante tomar en cuenta que este es un caso hipotético, y que los valores pueden cambiar según las circunstancias específicas de cada caso, como la utilidad derivada de la conducta del infractor, lo que produciría que la perspectiva cambie. Este ejemplo fue tomando los valores más altos, pero en la realidad estos se determinan dentro de un proceso en el cual a partir del análisis de pruebas y sus respectivos descargos se emite un criterio.

En derecho administrativo, la potestad sancionadora en general se caracteriza por la necesidad de la Ley para la descripción genérica de las conductas infractoras y para la determinación de la naturaleza, clase y cuantía máxima de las sanciones. El enfoque que toma cada legislación respecto a la responsabilidad subjetiva y objetiva, es el factor determinante para establecer el mecanismo de fijación de la cuantía en caso de cometer una infracción.²¹²

Cuando se habla de la responsabilidad objetiva se está diciendo que el sólo hecho de la comisión de un ilícito reputado como conducta tipificada sancionable, hace responsable a su autor. Por su parte, la responsabilidad subjetiva se encuentra cimentada en la exigencia de la culpabilidad como cimiento indispensable de la ilicitud, en este sentido, para el establecimiento de una sanción se analizan otros aspectos como la proporcionalidad y la razonabilidad que, racionalizan la actividad sancionadora de la administración, evitando que la autoridad expanda su actuación represiva y dirigiendo ésta dentro de un criterio de ponderación medida y equilibrio.²¹³

Mientras que en el derecho de competencia, siguiendo la teoría de la intencionalidad, se plantea un criterio mucho más estricto respecto a la imposición

²¹² Cfr. Catalina Escuin Palop, “Curso de Derecho Administrativo”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2005, p. 828.

²¹³ Cfr. Jaime Ossa Arbeláez, Op. Cit. p. 417

de sanciones. Así, en relación a la competencia desleal, el artículo 25 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado dispone que la determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización, sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Asimismo señala que tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en la Ley.²¹⁴

En el mismo sentido, en relación al control de mercado, se plantea en el artículo 11 de la Ley mencionada, que serán sancionados todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. Esta disposición al quedarse abierta, puede²¹⁵ ser incluida entre los principios y reglas, como la mencionada en el párrafo anterior, esto es que no se necesita acreditar conciencia o voluntad sobre el cometimiento de una infracción, ni acreditar que ha existido un daño efectivo, para el establecimiento de una sanción.²¹⁶

Con estos fundamentos doctrinarios y legales, se puede determinar que cada legislación se inclina para una u otra postura, esto es sancionar por el sólo cometimiento de una infracción, sin que sea relevante la intencionalidad o el daño causado, como en el caso ecuatoriano y español; o, establecer una sanción en función del beneficio generado a partir del cometimiento de la infracción, como el caso colombiano y chileno. Siendo la segunda opción la más coherente y razonable.

²¹⁴ Cfr. Marcelo Marín Sevilla Op. Cit. pp. 394-395

²¹⁵ No es una teoría aceptada completamente pero podría considerársela bajo la aplicación de la cláusula general prohibitiva que redunda en varios artículos de la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado.

²¹⁶ Cfr. Marcelo Marín Sevilla Op. Cit. pp. 394-395

4.2.3.2. *Atribución de regular las concentraciones*

El control de las concentraciones económicas es un aspecto muy importante en las legislaciones estudiadas, pero cada una le da un tratamiento particular, planteando ciertas condiciones, dependiendo del caso, los operadores económicos tienen la obligación legal de realizar una notificación previo a la ejecución de la mencionada concentración, para que el organismo correspondiente pueda ejercer control, para lo cual la norma prescribe ciertos escenarios, es así que en la legislación ecuatoriana, están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:

- Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes establecido por la Junta de Regulación, es así que mediante Resolución 002 de la Junta de Regulación, contenida en el Suplemento del Registro Oficial No. 132 de miércoles 27 de noviembre de 2013, se dispuso como montos los siguientes:
 - Para concentraciones que involucren a *instituciones del sistema financiero nacional y del mercado de valores*, 3.200.000 RBU.
 - Para concentraciones que involucren a *entidades de seguro y reaseguro*, 62.000 RBU.
 - Concentraciones que involucren a operadores económicos que no se encuentren detallados en los literales anteriores, 200.000²¹⁷

²¹⁷ Resolución 002 de la Junta De Regulación De la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 132 de miércoles 27 de noviembre de 2013.

- Asimismo en el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.²¹⁸

Por otra parte en los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplen con cualquiera de las dos condiciones señaladas, no requieren autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin embargo, ésta puede solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración la notifiquen en los mismos términos.

En el mismo sentido, la legislación colombiana plantea que están obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las concentraciones que proyecten llevar a cabo, las empresas que cumplan con la primera condición establecida en la norma ecuatoriana, y que para el efecto la Superintendencia de Industria y Comercio plantea como monto cien mil salarios mínimos legales para cualquier caso²¹⁹; o, cuando en conjunto o individualmente consideradas tuviesen activos totales superiores al mismo monto indicado en la condición anterior.²²⁰ Pero adicionalmente, esta legislación establece que para ser obligatoria la notificación previa, además de cumplirse una de las condiciones mencionadas, se debe también contar con más del 20% del mercado relevante.

Es así que, a pesar de que aparentemente los sistemas empleados tanto por la legislación ecuatoriana como por la colombiana resultan similares, tienen varias diferencias, de las cuales se desprende que la normativa ecuatoriana es mucho más estricta en el ejercicio de la atribución de controlar las concentraciones económicas. En primer lugar la norma ecuatoriana establece tres escenarios distintos de concentraciones y dos condiciones para ser obligatoria la notificación, siendo

²¹⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Op. Cit. Art. 16

²¹⁹ Cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2013, Superintendencia de Industria y Comercio, <http://www.sic.gov.co/integraciones-empresariales>, Acceso 06/04/2014

²²⁰ Id.

suficiente que se cumpla sólo una de ellas; mientras que por su parte la norma colombiana establece un monto único para cualquier clase de concentración y tres condiciones para que la notificación sea exigible, con la particularidad de que deben converger la tercera junto con una más, es decir, exige que se cumplan dos condiciones, caso contrario se entiende autorizada la operación. Finalmente en relación a la posesión del mercado relevante, Ecuador pone una base del 30% mientras que Colombia del 20%, esos diez puntos reflejan una diferencia importante.

Por su parte Chile mantiene un sistema sui generis respecto al control de concentraciones económicas, absolutamente distinto al establecido en la Ley ecuatoriana, ya que la normativa chilena no define los casos en que se estimaría lícita o no una determinada operación de concentración, o las mitigaciones que se podrían imponer para aprobarla. Lo que más bien existe es una tradición jurisprudencial.

Mientras en Ecuador se han establecido condiciones que, de cumplirse, se vuelve obligatoria la notificación previa, en la legislación Chilena opera la consulta voluntaria, mediante la cual los operadores económicos buscan determinar si la concentración económica que se desea realizar acarrea responsabilidad por infringir la Ley en materia de competencia. De esta manera El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia emite una aprobación, rechazo o aceptación sujeta a condiciones, es así que los actos o contratos ejecutados o celebrados una vez obtenida la aprobación, no acarrean responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal.

Como ventaja del sistema obligatorio contenido en la legislación ecuatoriana se encuentra, entre otras, la certeza que tiene el Estado respecto de las concentraciones que deben ser notificadas para un examen, por la relevancia que puedan llegar a tener en el mercado. Pero por otro lado, el sistema voluntario permite una mayor revelación de información privada a la autoridad, a un costo menor.

Esto demuestra la diferencia abismal existente entre la legislación ecuatoriana y la chilena en la materia, ya que en esta última al ser voluntaria, la responsabilidad se traslada a los controlados que bien podrían elegir no consultar pero asumiendo las eventuales consecuencias en caso de contradecir la Ley. Resulta evidente entonces la evolución que ha vivido la normativa chilena, en la cual se puede observar incluso el desarrollo de una cultura de correcta competencia, ya que a pesar de no contar con una normativa establecida y rígida en este caso, mantiene un sistema mediante el cual fomenta la responsabilidad de los operadores sin que para eso deba mantener un control imperativo y cerrado, y a pesar de eso no pierde autoridad y el criterio del organismo de control es siempre vinculante.

Ahora, en relación al caso de España, su legislación establece el mismo sistema que el ecuatoriano, es decir, la notificación previa de concentraciones económicas se debe dar si se cumplen ciertas condiciones, en el caso español se repite la relacionada al mercado relevante coincidiendo incluso en el porcentaje de éste, es decir el 30%, pero teniendo en cuenta circunstancias propias de cada realidad. Además España también coincide en el otro supuesto que plantea Ecuador, pero estableciendo un único monto para cualquier tipo de concentración, que asciende a 240 millones de euros, lo que equivaldría, poniéndolo en el escenario ecuatoriano a 960,000 Remuneraciones Básicas Unificadas.

En este sentido cabe decir que la legislación ecuatoriana es casi idéntica a la española, respecto a esta atribución en concreto, pero tomando en cuenta las diferencias propias que se generan a partir de las circunstancias distintas de cada país.

4.2.3.3. *Atribución en abogacía de la competencia*

Si bien en sus inicios el derecho antimonopolio giró en torno de la represión de las conductas anticompetitivas de las empresas y de la labor preventiva respecto de las grandes integraciones empresariales, la experiencia ha señalado que la libre competencia necesita un ambiente propicio, amigable para manifestarse plenamente. Además, y como el concepto de la promoción y defensa de la libre competencia comporta un cambio cualitativo de pensamiento económico, se debe diseminar esta ideología; es necesario indicarle a la comunidad empresarial y a la sociedad en general que el derecho antimonopolio significa una forma diferente de entablar negocios en la cual a la competencia se la gana con méritos y no masacrándola mediante prácticas anticompetitivas.²²¹

La abogacía de la competencia se refiere a todas las actividades adelantadas por la autoridad de competencia, relacionadas con la promoción de un medio favorable a la competencia en las actividades económicas a través de mecanismos no represivos, básicamente a través de sus relaciones con otras entidades gubernamentales y fortaleciendo el conocimiento por parte de la sociedad de los beneficios de la competencia.²²²

En efecto, la teleología actual del derecho de la competencia como género, no solo tiene que ver con la protección de la libre competencia económica, sino también con su promoción en las prácticas de los particulares y el Estado. Esto, en términos gráficos, implica que el derecho de la competencia no es una práctica de simple medicina curativa, como suele pensarse, sino que también funge como medicina preventiva, en la medida en que procura evitar vulneraciones a la libre competencia económica, cuando quiera que estas puedan surgir a partir de las conductas de los agentes o de las prácticas del Estado.²²³

²²¹ Javier, Cortázar Mora (2011) Op. Cit. p. 60

²²² Definición adoptada por la International Competition Network, en el encuentro en Nápoles- Italia, en el año 2002.

²²³ Sergio Rojas Quiñonez, “La Abogacía de la Competencia en el Derecho Colombiano Reflexiones Sobre su Alcance y su Ámbito de Aplicación”, Internet http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/4-REV.DERECHOCEDEC-ROJASLAABOGACIA-NOTAS-01-03-2013.pdf, Acceso 07/09/2014

En el escenario ecuatoriano, dentro de las atribuciones de la Superintendencia de Control de Poder del Poder de Mercado se encuentra la de promover el estudio y la investigación en materia de competencia y su divulgación, así como la de realizar convenios con universidades, instituciones públicas y privadas con el fin de fomentar la correcta competencia, sin embargo no se establece una norma específica que se refiera a la abogacía de la competencia.

En el caso colombiano la normativa asume la abogacía de la competencia de una manera distinta, se le reconoce a la SIC la facultad de rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal, que pueden tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Además se impone la obligación a las autoridades de regulación de informar a la SIC sobre los proyectos de actos administrativos que pretendan expedir que tengan la posibilidad de afectar la libre competencia, otorgándole la posibilidad de emitir conceptos no obligatorios, los cuales, no obstante, si no son acogidos por la entidad, le imponen a esta el deber de explicar las razones.

Respecto a la promoción de la cultura de la competencia, la actuación de la autoridad en el campo se ha limitado a la realización de algunos talleres y seminarios, a nivel local e internacional.

Por su parte la legislación chilena no reconoce específicamente asuntos sobre abogacía de la competencia, sin embargo al igual que en Colombia, se reconoce dentro de las atribuciones del TDLC proponer la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia.

Por su parte la Fiscalía Nacional Económica, puede celebrar convenios o memorándum de entendimiento con otros servicios públicos y universidades, en materias de cooperación recíproca. Asimismo, celebrar convenios con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas.

Finalmente en España, la Ley no contiene normativa específica que regule u otorgue facultades referentes a la abogacía de la competencia. Sin embargo se tiene claro que es el medio más importante para lograr la plena integración económica. Por tal motivo los europeos siempre están dispuestos a realizar convenios de ayuda y promoción para difundir la correcta competencia.

Respecto a la abogacía de la Competencia, se pueden encontrar gestiones en común entre los países estudiados, así por ejemplo el “Acuerdo entre la Fiscalía Nacional Económica de Chile y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador para la Cooperación en la Aplicación de la Normativa de Defensa de la Competencia y/o Regulación y Control del Poder de Mercado”²²⁴, suscrito el 15 de noviembre de 2012; y el “Acuerdo entre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador para la Cooperación en la Aplicación de la Normativa de Defensa de la Competencia y/o Regulación y Control del Poder de Mercado”²²⁵, suscrito el 16 de los mismos mes y año, los cuales tienen el objeto de promover la cooperación entre las partes en materia de competencia.

De la misma forma el “Convenio de Colaboración entre la Comisión Nacional de la Competencia (España) y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Ecuador) para la Cooperación Técnica Entre Ambas Autoridades”²²⁶, suscrito el 02 de abril de 2013, teniendo como objeto la asistencia técnica entre ambas autoridades, la formación de funcionarios y la puesta en común de jurisprudencia y doctrina.

Estos esfuerzos en conjunto muestran el interés internacional que existe por fomentar la correcta competencia, Ecuador sin duda es inexperto en este campo, en relación a normativa, pero es un buen comienzo el haber generado un escenario

²²⁴ Superintendencia de Control del Poder de Mercado, http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/chile_1.pdf, Acceso 15/06/2014

²²⁵ Superintendencia de Control del poder de Mercado, <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/09/Convenio-Tribunal-Defensa-de-la-Libre-Competencia-Chile.pdf>, acceso 15/06/2014

²²⁶ Superintendencia de Control del poder de Mercado, <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/Convenio-EC-ESP.pdf>, acceso 15/06/2014.

apropiado en el cual el Organismo de Control está ejerciendo sus atribuciones, actividad que con aciertos y desaciertos se va construyendo día a día.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- 5.2.1 La falta de normativa clara y específica en materia de control del poder de mercado en el Ecuador, ha permitido que a lo largo del tiempo existan situaciones contrarias a la correcta competencia, lo cual a su vez generó repercusiones propias de países en vías de desarrollo, tales como la exclusión de pequeños productores; la ausencia de motivación para que los productores locales mejoren sus niveles de eficiencia; y, la disminución de la posibilidad de captar inversión extranjera.

En este contexto, y luego de varios intentos legislativos, en octubre de 2011 se expidió la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, a partir del escenario que se desarrolló con la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador, expedida en 2008. Dos años después fue creada la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para controlar lo relativo a la competencia.

De los países que conforman la región latinoamericana, que cuentan con legislación en la materia de competencia, el Ecuador ha desarrollado la normativa más nueva hasta el momento, tomando en cuenta que algunos países como Guatemala, Paraguay y Bolivia aun no lo han hecho. Sin embargo de esto, el Ecuador se encuentra claramente retrasado respecto a la ejecución y práctica de esta normativa, situación que ha respondido a circunstancias sociales, culturales y políticas que han formado parte de la coyuntura nacional. En relación a los países estudiados en este trabajo, se puede evidenciar que la primera normativa chilena se dio cincuenta y dos años antes que la ecuatoriana; a su vez la primera normativa española, cuarenta y ocho años antes que la ecuatoriana; y finalmente la primera normativa colombiana, veinte años antes que la ecuatoriana, de estos datos fácilmente se puede concluir que las normativas foráneas estudiadas tienen una madurez muy importante en

comparación a la ecuatoriana, ya que han tenido tiempo suficiente para ser puestas en práctica, determinar errores, ser reformadas, adaptadas y para evolucionar.

Al respecto se concluye que, por un lado, no se puede poner a la legislación ecuatoriana en el mismo escenario que las extranjeras, en relación a esta materia, por su temprana expedición, pero por otro lado el legislador ecuatoriano pudo emular los aspectos positivos y aprender de los errores y aciertos ajenos para desarrollar esta normativa, por lo que queda a cargo del Estado, a través de sus organismos correspondientes ejercer un correcto control de la competencia.

- 5.1.2 El Ecuador cuenta con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como organismo encargado de velar por la correcta competencia, tanto esta institución, como las que emanan las legislaciones comparadas, se constituyen como organismos técnicos, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y presupuestaria. Del análisis comparativo realizado se desprenden diferencias fundamentales que ponen en evidencia fortalezas de los organismos extranjeros.

En el caso de Chile, su legislación reconoce dos organismos distintos e independientes, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cuyas atribuciones son de control y supervisión, y la Fiscalía Nacional Económica, que se dedica exclusivamente a procesos administrativos dentro de la materia, esto demuestra el nivel de especialidad que manejan estas instituciones, en el mismo sentido cuentan con un mayor contingente y recursos, cuando por su parte la institución ecuatoriana conjuga en sí ambas funciones. En relación al caso colombiano, la Superintendencia de Industria y Comercio, institución encargada del control de la correcta competencia, es adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, lo que supone una estructura administrativa mayor en donde incluso se manejan más niveles jerárquicos, los que a su vez tienen la obligación de ejercer control sobre las actuaciones de la Superintendencia. Finalmente el caso español no demuestra diferencias sustanciales al Ecuador, es este tema.

5.1.3 Sobre los requisitos que se requieren para ostentar el cargo de representante y máxima autoridad de los organismos de control y supervisión de la correcta competencia en cada uno de los países estudiados, es importante resaltar y reconocer que la legislación ecuatoriana maneja de mejor manera este aspecto. Es la más estricta, estableciendo diez años como experiencia profesional mínima, cifra mayor a la que establecen las otras legislaciones mencionadas en este trabajo, además que requiere tener título académico de cuarto nivel en materias afines a la competencia, un espectro mayor al que se establece en Chile, en donde sus dos instituciones mencionadas, deben tener como máxima autoridad exclusivamente a profesionales del derecho.

En este sentido resulta lógico sostener que la preparación y la experiencia son fundamentales para el ejercicio de un cargo, más todavía si éste es público ya que se trabaja al servicio de todo un país, por lo que se requiere un alto sentido de responsabilidad para asumir tales funciones. Es importante también distinguir y separar la experiencia de la capacidad, conceptos que se han confundido en otras instancias públicas, ya que si bien una persona puede ser capaz, no necesariamente es preparada ni tiene la experiencia que se requiere para el ejercicio de determinadas funciones. En tal virtud cabe reconocer que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado aborda de mejor manera los requisitos para ostentar el cargo de máxima autoridad en relación a los organismos de control de la correcta competencia.

Consecuentemente, si bien la experiencia y la preparación no aseguran completamente una mejor gestión, otorgan excelentes garantías, además que fomentan y elevan el nivel de competencia entre los postulantes.

5.1.4 En relación a las atribuciones de los organismos de control estudiados, la Ley ecuatoriana es ambigua, extensa e imprecisa, su artículo 38 llega a establecer treinta atribuciones, a más de una adicional que dice *“las demás establecidas en la ley.”*. Aparentemente el legislador lo plantea de esta manera para crear el efecto de cubrir todos los escenarios posibles, y en caso de generarse alguna necesidad en el ejercicio de las funciones de la Superintendencia, poder adecuar la actividad del

Estado a cualquiera de estas atribuciones, sin embargo ésto resulta inoficioso, ya que las normas terminan siendo ineficaces y en la práctica no se las ejerce.

- 5.1.5 Finalmente, del análisis de derecho comparado entre las legislaciones de Ecuador, Colombia, Chile y España, se pudo determinar que, respecto a la atribución de imponer sanciones la tendencia se mantiene en establecer multas altas para el incumplimiento de normas relativas a la correcta competencia, la legislación colombiana es la más dura en este aspecto ya que su techo es bastante alto, seguida por la legislación ecuatoriana, que sanciona a partir del ejercicio económico inmediatamente anterior, lo cual implica que la multa no necesariamente va a ser proporcional a la infracción cometida; posteriormente España, tiene un sistema idéntico al del Ecuador pero con puntos menos en la escala respecto a la sanción, y por último Chile con un sistema que no se enfoca en imponer multas altas, manteniendo montos fijos y muy bajos en comparación con los otros sistemas. Resulta evidente que el Ecuador adopta la política de sanciones pecuniarias altas, y la teoría de la intencionalidad para ser tajante con los operadores económicos que subsumen su conducta a la descrita en la Ley, sin duda es un aspecto que crea precedentes para el futuro.

Respecto al control de concentraciones económicas, se concluye que la legislación ecuatoriana es mucho más estricta en el ejercicio de esta atribución en relación a los otros países estudiados, planteando un escenario rígido en el que debe existir notificación previa, sin embargo no considero que es lo más óptimo, en el caso chileno, la responsabilidad de notificación previa se traslada a los controlados que bien podrían elegir no consultar, pero asumiendo las eventuales consecuencias en caso de contradecir la Ley. Resulta evidente entonces la evolución que ha vivido la normativa chilena, en la cual se puede observar incluso el desarrollo de una cultura de correcta competencia, ya que a pesar de no contar con una normativa establecida y rígida en este caso, mantiene un sistema mediante el cual fomenta la responsabilidad de los operadores sin que para eso deba mantener un control

imperativo y cerrado, y a pesar de eso no pierde autoridad y el criterio del organismo de control es siempre vinculante.

Por otra parte, considero que el aspecto más importante que debe ser desarrollado es el de la abogacía de la competencia. Como lo describe Javier Cortázar Mora, *“el concepto de la promoción y defensa de la libre competencia comporta un cambio cualitativo de pensamiento económico, (...) es necesario indicarle a la comunidad empresarial y a la sociedad en general que el derecho antimonopolio significa una forma diferente de entablar negocios en la cual a la competencia se la gana con méritos y no masacrándola mediante prácticas anticompetitivas”*. En este sentido, creo que si bien falta mucho por hacer, la Intendencia de la Abogacía de la Competencia está realizando un buen trabajo, gran parte de esta investigación fue desarrollada a partir de conferencias y entrevistas en la propia institución. Es importante reconocer también el esfuerzo empleado en la suscripción de convenios nacionales e internacionales que fortalecen esta labor. Pero definitivamente no se puede sostener que se ha cumplido con el objetivo planteado, mientras no se desarrolle una cultura de correcta competencia en el Ecuador.

5.2. Recomendaciones

- 5.2.1 La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, debería analizar las circunstancias en las que se desarrollan las otras instituciones estudiadas, a fin de adaptar lo positivo a la normativa ecuatoriana, con base en la experiencia generada por los otros países. Personalmente considero que separar dos funciones en instituciones distintas, por un lado el control y por otro lo relativo a los procesos administrativos, es una medida absolutamente conveniente, ya que así se generaría especialidad en el ejercicio de sus atribuciones y funciones, además que implicaría un grupo mayor de recursos, esto, sin lugar a dudas permitiría un mejor manejo y aplicación de procesos y sanciones, y a su vez una estructura de control institucionalizada que guíe y supervise a los operadores económicos.

En tal virtud, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en aplicación de la atribución contenida en el numeral 9, del artículo 38, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, debería proponer una reforma a su propia Ley, en la que se contemple esta situación a fin de dividir las funciones mencionadas, a través de la creación de una institución adicional, situación que con las condiciones políticas y sociales adecuadas es absolutamente viable.

Por otra parte, a pesar de que el sistema colombiano resulta ser mejor en el sentido administrativo interno del organismo de control, por contar con un Superintendente y un Superintendente Delgado, es inviable para el Ecuador en el corto plazo aplicar un sistema similar, ya que implicaría una reforma institucional del Estado, tomando en cuenta que en el Ecuador las Superintendencias forman parte de la Función de Transparencia y Control Social y no de una institución más grande. Sin embargo, con la planificación adecuada y procurando que existan las condiciones necesarias dentro del país, se puede desarrollar una planificación en la cual, en un mediano o largo plazo, dos o más superintendencias conformen una institución más grande, para que exista un control adicional en el ejercicio de sus atribuciones.

5.2.2 Asimismo se recomienda, bajo el mismo mecanismo expuesto anteriormente, unir, con una redacción más específica y concreta, algunos numerales del artículo 38, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, los cuales contienen las atribuciones de la Superintendencia, las mismas que bien pueden ser luego desarrolladas mediante normativa jerárquicamente inferior a la Ley.

- Así las atribuciones contenidas en los numerales 2, 4, 5 y 6 que se refieren a los procedimientos en sede administrativa y a incidentes dentro de éstos, pueden ser contenidas en una sola, resultando de la siguiente manera *“Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley, en los cuales se podrá celebrar audiencias, realizar peritajes e inspecciones, y demás diligencias propias del procedimiento, conforme a los reglamentos que se desarrollen para el efecto.”*

- Por su parte, las atribuciones contenidas en los numerales 9 y 25, están de igual manera, estrechamente relacionadas, las mismas se refieren al criterio de la Superintendencia en la promulgación de normas, manteniendo el mismo criterio pueden quedar de la siguiente manera: “Emitir opinión y presentar propuestas, técnicamente justificadas, a los órganos competentes en materia de competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares, actos normativos y administrativos.”
- En el mismo sentido se podrían fusionar las atribuciones que se encuentran singularizadas en los numerales 12, 17 y 29 respecto de la realización de convenios, de la siguiente forma: *“Coordinar las acciones que fueren necesarias para suscribir convenios de cooperación con entidades públicas y privadas, y con asociaciones de usuarios y consumidores; así como para negociar y suscribir tratados, acuerdos o convenios internacionales, en materia de competencia.”*
- Finalmente las atribuciones número 18 y 19, que tratan de concentraciones económicas, podrían redactarse de la siguiente manera: *“Autorizar, denegar o condicionar las solicitudes de concentración económica, en caso que se requiera solicitud previa; y, examinar e investigar aquellas que no la requieran, para confirmar su cumplimiento con la presente Ley y cuando sean prohibidas, dictar las medidas que legalmente correspondan.”*

En este sentido, al disminuir la cantidad de atribuciones, concentrándolas de una forma más concreta y clara, se reduciría su ambigüedad, resultando ser más operativas y viables, consecuentemente mejoraría la Superintendencia en el ejercicio de sus funciones.

- 5.2.3 En relación a las atribuciones contrastadas en el derecho comparado, respecto a la imposición de sanciones, se recomienda que, mediante el proceso establecido de

reforma legislativa, se tome en cuenta la conciencia, voluntad y sobre todo el daño generado, y en este sentido el valor de la multa por prácticas contrarias a la Ley, se fije en relación al beneficio generado a partir de la práctica anticompetitiva como es el caso colombiano, y no en virtud del ejercicio económico anterior, ya que el mecanismo actual, no garantiza que se establezca una multa justa, ya sea en beneficio o perjuicio del infractor.

Respecto a las concentraciones económicas, considero que se debería emular en la medida de lo posible el caso chileno, para conseguir este fin, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de la Intendencia de la Abogacía de la Competencia, mediante una planificación debe, de manera metódica, generar en el mercado una cultura de correcta competencia, de esta forma, en el largo plazo la Superintendencia podría ya no exigir la notificación previa en caso de concentraciones económicas que cumplan las condiciones establecidas en la Ley, y requerir la notificación voluntaria; y, en caso de que se incumpla la Ley sin una consulta previa, sancionar. Ambas recomendaciones planteadas son absolutamente viables, mediante una reforma a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, a partir de las atribuciones de la Superintendencia para emitir opinión en cuanto a la normativa ecuatoriana.

5.2.4 Finalmente, como resultado del presente trabajo de investigación, considero que a pesar de que la legislación ecuatoriana en materia de competencia es nueva en relación a otros países de la región, como los estudiados en este documento, ha sabido aprovechar la experiencia ajena y, en tal sentido, ha tenido un muy buen punto de partida. Sin embargo existen ciertos aspectos que pueden ser mejorados y es justamente lo que se ha demostrado con esta investigación. Si bien estos cambios implican reformas legislativas, mediante el camino adecuado, con las herramientas legales que actualmente existen, y con las condiciones adecuadas, son realmente factibles en el mediano plazo. Cuestiones como la especialidad en el ejercicio de las funciones, niveles más altos de control, normativa clara y eficiencia en el mercado, sin duda aportarían de manera importante a que en el Ecuador exista una correcta competencia.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Bragulat, Jorge, “*Economía Social, Popular y Solidaria y Cooperativismo*”, Universidad Nacional de Tres de Febrero, 2014.
- Cavanellas de las Cuevas, Guillermo, “*Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, tomo I*”, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2005.
- Cevallos Vásquez, Victor, “*Derecho de la Competencia*”, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2002.
- Cevallos, Vásquez Victor, “*Libre Competencia Derecho de consumo y contratos*”, Quito-Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 2012.
- Correa, Rubio, “*La Interpretación de la Constitución según el tribunal constitucional*”, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.
- Cortázar Mora, Javier, Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios), Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2011.
- Dromi, Roberto, “*Derecho Administrativo*”, Buenos Aires – Madrid – México, Editorial de ciencia y Cultura Ciudad Argentina, 2006.
- Entrena Cuesta, Rafael, “*Curso de Derecho Administrativo I/I*”, Madrid, Editorial Tecnos, 2009.
- Escuin Palop, Catalina, “Curso de Derecho Administrativo”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2005.
- Fernández Hernández, Octavio Manuel, “*La Emisión de Informes en el Proceso Administrativo Local*”, Granada, Revista CEMCI, 2013.
- Fernández, Sessarego Carlos, “*Subjetivización de las Empresas*”, Lima-Perú, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, 1988.
- Fiorini, Bartolomé A., “*Manual de Derecho Administrativo*”, Buenos Aires – Argentina, Editorial La Ley, 1968.
- Ginebra Serrabou, Javier, “*El Derecho de la Competencia en Tiempos de Crisis*”, México, Editorial Porrúa, 2011.
- Halabí, Claudia, La Política Antimonopolios en Chile y El Gran Desafío de Cuidar el Bienestar Social, The University of Georgia. 2009

- Jara Vásquez, María Elena, “*Estado, Derecho y Economía .- Fundamentos Constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*”, Quito-Ecuador, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- Marín Sevilla, Marcelo, “*Régimen de la Competencia*”, Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Ortiz Blanco, Luis, “*Manual de Derecho de la Competencia*”, Madrid, Editorial Tecnos, 2008.
- Ortuzar Latapiat, Gualdo, “*La Ley Antimonopolios de Chile: cuatro años de experiencia*”, Inter-American Development Bank, Publications, 2009.
- Ossa Arbeláez, Jaime, “*Derecho Administrativo Sancionador Una Aproximación Dogmática*”, Colombia, Editorial Legis, 2009.
- Paz-Ares Rodríguez, Cándido y Águila-Real, Jesús Alfaro, “*Comentarios a la Constitución Española*”, Madrid-España, Universidad Autónoma de Madrid, 2002.
- Petrecolla Diego, “*Derecho y Política de la Competencia en Colombia*”, Bogota, Inter América Development Bank, Examen Inter-pass, 2009.
- Silva Simma, Enrique, “*Derecho Administrativo Chileno y Comparado*”, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1954.

Internet:

- Arrieta, Lillian Virginia, Control de las “*Concentraciones Económicas en El Salvador*”, Internet.
http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/1Arrieta25-76.pdf, Acceso 28/08/2014.
- Diccionario de la Real Academia Española, Internet.
<http://lema.rae.es/drae/?val=precintos+>, Acceso: 23/03/2014
- Gonzalez Vazquez Pablo, “*Libertad de Competencia*”, Internet.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocomercial/2009/12/09/libertad-de-competencia>, Acceso: 07/04/2013.
- Gordillo Agustín, “*El Procedimiento Administrativo*”, Internet.
http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03_-capitulo1.pdf, acceso, 28-08-2014.
- Gordillo, Agustín, “*Fuentes del derecho Administrativo*”, Internet
http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo5.pdf, acceso 06/09/2014.

- Herrera Saavedra, Juan Pablo, “Una breve reflexión acerca de los precios excesivos”, Superintendencia de Industria y Comercio, Internet: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/promocion_competencia/Foro/web/Presentaciones/J_P_Herrera.pdf, Acceso: 06/09/2014.
- Nehme Nicole, Diseños Institucionales de Cotrol de Concentraciones, Universidad de Chile, Internet: file:///C:/Documents%20and%20Settings/FMORAN/My%20Documents/Downloads/rev125_NNehme-BMordoj.pdf, Acceso: 06/04/2014.
- Pérez Valencia Tatiana, “El principio de la libertad de comerqio y empresa en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea” Internet. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1817/1/RF-01-Jurisprudencia.pdf>, Acceso: 10/04/2013
- Rojas Quiñonez, Sergio, “La Abogacia de la Competencia en el Derecho Colombiano Reflexiones Sobre su Alcance y su Ámbito de Aplicación”, Internet http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/4-REV.DERECHOCEDEC-ROJASLAABOGA_CIA-NOTAS-01-03-2013.pdf, Acceso 07/09/2014.
- Varela González, José Antonio, “precios predatorios y competencia”, Tribunal Galego de Defensa de Competencia, Internet: http://www.tgdcompetencia.org/publicaciones/medios/precios_predatorios.pdf, Acceso: 06/09/2014
- Zambrano Torres Alex, “La Libertad de Empresa como Derecho Constitucional”, Internet.. <http://alexzambrano.webnode.es/products/la-libertad-de-empresa-como-derecho-constitucional/>, Acceso: 02/04/2013.

Instituciones:

- Banco de España, <http://www.bde.es>, Acceso: 22/06/2014.
- Comisión Nacional de la Competencia, Internet. <http://www.cncompetencia.es>, Acceso: 03/03/014.
- Fiscalía Nacional Económica, Internet. <http://www.fne.gob.cl/fne/mision-institucional/>, acceso 13/01/2014.

- Ministerio de Trabajo Colombiano, (aproximadamente 327,43 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), Internet. <http://www.mintrabajo.gov.co/empleo/abece-del-salario-minimo.html>, Acceso 22/06/2014.
- Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de México (SECOFI), Programa de Capacitación y Modernización del Comercio Detallista, “*Investigación de Mercado*”, Internet: <http://www.contactopyme.gob.mx/promode/invmdo.asp>, Acceso 06/09/2014.
- Servicio de Impuestos Internos de Chile, Internet. <http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2013.htm>, Acceso: 06/04/2014.
- Superintendencia de Control del Poder de Mercado, http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/chile_1.pdf, Acceso 15/06/2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Internet: <http://www.sic.gov.co/integraciones-empresariales>, Acceso: 06/04/2014.
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Internet. <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=693&GUID=>, acceso 13/01/2014.

Documentos oficiales:

- Convenio de Colaboración entre la Comisión Nacional de la Competencia (España) y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para la Cooperación Técnica entre Ambas Autoridades, Madrid 2 de abril de 2013, Internet: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/Convenio-EC-ESP.pdf>, acceso 23/03/2013
- Convenio Marco entre la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y la Universidad de Cuenca, 22 de enero de 2014, Internet. <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/01/CONVENIO-ENTRE-SCPM-Y-UNIVERSIDAD-DE-CUENCA.pdf>, Acceso: 29/03/2014.
- Recomendación No. SCPM-DS-003-2013, Gaceta de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, agosto 2014.

Normativa nacional e internacional:

- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, de 20 de Octubre de 2008.

- Constitución Política de la República del Ecuador 1998 (Derogada), Registro Oficial No. 1, de 11 de agosto de 1998.
- Decreto Ley N°211, de 1973, Chile.
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 13 de octubre de 2011.
- Ley 1340/09 Colombia.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, España.
- Normas para la protección y promoción de la competencia en la Comunidad Andina
- Plan Nacional para el Buen Vivir, 2013-2017. Registro Oficial Suplemento 78 de 11 de septiembre de 2013.
- Registro Oficial 558, de 27 de marzo de 2009, Ecuador.
- Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 13 de octubre de 2011.
- Resolución 002 de la Junta De Regulación De la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 132 de miércoles 27 de noviembre de 2013.

Otros:

- Conferencia de capacitación, Programa de Ayudas Económicas para el Desarrollo de Tesis de Pregrado, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Conferencia de capacitación de 27 de noviembre de 2013, 10:00
- Entrevista en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 13 de marzo de 2014, Funcionario David Gutierrez, funcionario de la Intendencia de la Abogacía, Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

ANEXOS

1. Entrevista en la Superintendencia de Control del poder de Mercado

Fecha y hora: Jueves 13 de marzo de 2014, 10H00

Duración: 25 minutos aproximadamente

(P) Persona entrevistada: Sr. David Gutiérrez, funcionario de la Intendencia de la Abogacía, de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado

(E) Entrevistador: Erick Morán

Entrevista:

(E): Buenos días mi nombre es Erick Morán, soy estudiante egresado de la Universidad Católica, de la Facultad de Jurisprudencia, y me encuentro realizando la tesis para mi grado. La tesis básicamente se trata sobre la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el tema es: “*Análisis de la Institución Pública de Control de Poder de Mercado en el Ecuador frente a los Órganos reguladores de la competencia en el Derecho comparado*”. En este sentido, estoy realizando un estudio de cómo funciona, en el caso de Ecuador la Superintendencia y lo estoy comparando con la realidad de Chile, Colombia y España con sus respectivos organismos de control del poder de mercado, revisando la Ley encuentro que en su artículo 38 se enumeran las atribuciones que tiene ésta y justamente quisiera conversar al respecto para desarrollarlas. Voy a leer algunas de ellas para identificarlas y poder tratarlas.

(P): Por supuesto dímelas y vemos qué podemos contarte de estas atribuciones.

(E): Respecto de la atribución contenida en el numeral 1 que dice “*Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias.*” ¿Cómo está manejando esta atribución la superintendencia, cómo la pone en práctica?

(P): Respecto a esto debemos tomar en cuenta que existen dos tipos de estudios de mercado, los que se realizan ex post y los que se realizan ex ante. Los que se realizan ex post están a cargo de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos Prácticas Restrictivas y de la Intendencia de Investigación de prácticas desleales, estos estudios se realizan una vez que ya ha existido un hecho que presuntamente está

atentando contra la competencia y que llegan a conocimiento de la superintendencia justamente a partir de las investigaciones realizadas, y obviamente estamos en la facultad de solicitar la documentación que consideremos pertinente para recabar información que aporte a las investigaciones. Por otra parte está el estudio ex ante, a cargo de la Intendencia de Control de Concentraciones y la Intendencia de Abogacía de la Competencia, en cambio estas investigaciones se realizan antes de que exista o pueda existir alguna violación a la Ley, te doy un ejemplo, para las concentraciones, los operadores económicos está en la obligación de notificarnos previamente, raíz de esta notificación es que se produce un determinado estudio, analizando todas las circunstancias después de lo cual la superintendencia se pronuncia.

(E): Pero respecto a las concentraciones, la Ley establece existen unas que deben ser notificadas y otras no, cómo aplicaría este estudio de mercado en aquellas que no son notificadas.

(P): Por supuesto, esto te doy a manera de ejemplo, puedes revisar el artículo 16 de la Ley, en donde te dicen las circunstancias en que los operadores económicos deben notificar a la Superintendencia. Para los casos a los que te refieres la Superintendencia tiene la facultad de solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos notifiquen, en caso de que las circunstancias ameriten. No te puedo hablar de estudios de mercado específicos porque tenemos que guardar confidencialidad hasta que el resultado de estos sea público. Un caso sonado que nació a partir de un estudio de mercado es la sanción impuesta a CONECEL.

(E): Muchas gracias, de la abogacía de la competencia te voy a preguntar más adelante así que no profundicemos en ese tema todavía. Respecto de la atribución contenida en el numeral 2 que dice: “*Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley.*”, ¿Cómo se maneja el tema de los procedimientos administrativos, existe alguna regulación que los desarrolle tanto a estos como a la imposición de sanciones?

(P): Claro que sí, todo esto se encuentra claramente normado, puedes encontrar estas regulaciones en la página web de la superintendencia, ahí puedes revisar cómo se maneja el procedimiento administrativo y las sanciones, aunque también se encuentra establecido esto en la Ley y en el Reglamento, por ejemplo la Ley establece que existen sanciones según el tipo de infracción, la Ley divide a las infracciones en leves, graves y muy graves y de acuerdo a esto impone las multas, 8% del volumen de negocios total del infractor en el ejercicio del año pasado para las infracciones leves, el 10% para las graves y el 12% para las muy graves. Un dato interesante es que en Ecuador tenemos las multas más altas de la región, ningún país en Latinoamérica establece en su legislación multas más altas, son unos

puntos menos. Pero no por eso es desproporcionado, es una ventaja que las multas sean establecidas por porcentajes y no que se mantengan en un rango fijo, porque así a un operador que haya cometido una infracción grave y que facturó 1'000,000 dólares deberá pagar una multa de 100,000 dólares, y en el mismo caso si el operador facturó 100,000 dólares, deberá pagar una multa 10,000 dólares. Son valores fuertes pero ya viéndolos en el contexto están bien y de esta manera se genera también un precedente.

(E): Gracias por tu respuesta, esto nos lleva directamente con la atribución del numeral 8, que dice: *“Aplicar las sanciones establecidas en la presente Ley.”*, entiendo que ésta va de la mano con lo que me acabas de explicar.

(P): Sí, justamente, el tema de sanciones se encuentra establecido en la Ley, el Reglamento y las regulaciones de la Superintendencia, creo que con esto puedes identificar de mejor manera esta atribución.

(E): De acuerdo. Respecto de la atribución contenida en el numeral 9, que dice: *“Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante.”*, ¿cómo la superintendencia se pronuncia en temas legislativos o de la normativa en general, en materia de competencia?

(P): La superintendencia, cuando detecta que alguna norma puede dar cabida para que un operador económico tenga la posibilidad de atentar contra la correcta competencia, tiene la facultad de emitir un criterio, sin que este sea vinculante, en el cual se identifica la norma en cuestión y se explica de que manera está contribuyendo para una violación o presunta violación de la Ley de la competencia.

(E): Pero ante quién se emite este criterio, por ejemplo si se trata de una ley se debería enviar la opinión ante la Asamblea Nacional, órgano que emitió la mencionada ley.

(P): No, no necesariamente, se envía al órgano de la materia, por ejemplo si la Ley de Economía Popular y Solidaria y del Sector financiero Popular y solidario, contiene alguna disposición que permita a sus controlados alguna práctica que atente contra la correcta competencia, se emitiría un criterio ante la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria para que, a través de las gestiones que correspondan desde su propia institución, realicen las correcciones necesarias.

(E): Ahora entiendo, pasemos a otra atribución, la que se encuentra en el numeral 13: *“Requerir a las instituciones públicas que considere necesario, la implementación de acciones adecuadas para garantizar la plena y efectiva aplicación de la presente Ley.”*, ¿se maneja en el mismo sentido?

(P): Sí, exactamente opera tal cual la opinión que se emite respecto de las normas, se envía un requerimiento a las diferentes instituciones para que realicen acciones que ayuden a la aplicación de nuestra ley.

(E): Respecto de la atribución contenida en el numeral 20 que dice: “Atender las consultas y resolver los reclamos que se formulen respecto de operadores económicos cuya actuación pudiere atentar contra esta Ley.” ¿Qué me puedes comentar?

El tema de las consultas y reclamos opera de la siguiente manera, cualquier persona puede ingresar un oficio dirigido al superintendente, en el cual nos pregunten temas referentes a operaciones económicas por ejemplo, si tal o cual actuación estaría violando la Ley, o en general temas de aplicación o interpretación de la normativa cuando esta sea oscura. Asimismo puede presentar reclamos, informando que algún operador económico a través de sus actuaciones puede estar atentando contra la Ley, en este caso se le contesta a la persona que ingresó el oficio con la respuesta que sea pertinente, la misma que es realizada por nuestros analistas y abogados después de un proceso de análisis de lo reclamado.

(E): Gracias por tu respuesta, respecto de la atribución contenida en el numeral 25 que dice: *“Presentar propuestas técnicamente justificadas a los órganos competentes, para la regulación y el establecimiento de actos normativos aplicables a los distintos sectores económicos.”* Creo que la respuesta ya está dicha.

(P): Sí, efectivamente es el mismo proceso que te comenté en los casos anteriores.

(E): Respecto de la atribución contenida en el numeral 28 que dice: “Promover el estudio y la investigación en materia de competencia y su divulgación.”, entiendo que se refiere a la abogacía de la competencia, y me parece un tema muy importante que debe ser desarrollado, las legislaciones del derecho comparado que he tenido la oportunidad de estudiar le ponen mucho énfasis a este tema.

(P): Claro que sí y es que es la única manera, promoviendo y educando con una correcta cultura de la competencia. La superintendencia tiene incluso la Intendencia de la abogacía de la competencia que se encarga de este tema. Lo que te puedo contar que hemos realizado es una serie de seminarios, nacionales e internacionales, puedes checkearlos en la página web, ahí están registrados todos los que hemos hecho y sin duda han sido muy valiosos, hemos tenido muy buenos expositores que han hablado temas de competencia y toda la información y las presentaciones también se encuentran publicados en la página web. También hemos realizado varios convenios con universidades del país en donde establecemos programas de educación de la competencia, todo también se encuentran cargados. Un punto importante es que nos valemos en muchos casos de los resultados que nos arrojan los estudios de mercado para a partir de ahí realizar los seminarios, así podemos mostrar cuestiones prácticas que se han desarrollado en nuestra realidad nacional.

(E): Comparto contigo con que la educación es la mejor arma para prevenir atentados contra la correcta competencia. Te quiero agradecer por tu tiempo, creo que tengo ya la información que necesitaba para continuar con el desarrollo de mi tesis, con esto terminamos con la entrevista.

(P): Es un gusto, muchas gracias a ti.

FIN DE LA ENTREVISTA

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

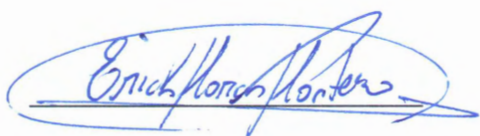
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Erick Alejandro Morán Montero, C.I. 0604418905 autor del trabajo de graduación intitulado: "ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN PÚBLICA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO EN EL ECUADOR FRENTE A LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA COMPETENCIA EN EL DERECHO COMPARADO", previa a la obtención del grado académico de ABOGADO en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENECYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 14 de noviembre de 2014




0604418905

REPUBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CEDULA DE CIUDADANIA No. 060441890-5

MORAN MONTERO ERICK ALEJANDRO
PICHINCHA/QUITO/SANTA PRISCA
07 OCTUBRE 1991
REG. CIVIL 002-B 0061 00962 M
PICHINCHA/ QUITO
GONZALEZ SUAREZ 1995

Erick Moran Montero



ECUATORIANA***** V3333A2222

SOLTERO ESTUDIANTE
SUPERIOR PROF. OCUP.
EDGAR RODRIGO MORAN LOMBEIDA
MARIA DEL CARMEN MONTERO
RUMINAHUI 14/01/2010
14/01/2022
FORMA No. REN 2140127



Paula B. B. B.



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

052 CERTIFICADO DE VOTACIÓN
ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014

052 - 0256 / 0604418905
NÚMERO DE CERTIFICADO CÉDULA
MORAN MONTERO ERICK ALEJANDRO

PICHINCHA CIRCUNSCRIPCIÓN 0
PROVINCIA CONOCOTO 0
QUITO PARROQUIA 0
CANTÓN ZONA

Erick Moran Montero

1.) PRESIDENTA/E DE LA JUNTA